Die Fürsorge für den Leichnam

✣

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Fritz Weiser

Gerichts-Referendar aus Düsseldorf.

Marburg 1933

Die Fürsorge für den Leichnam

✣

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Fritz Weiser

Gerichts-Referendar aus Düsseldorf.

Marburg 1933

Druck: Gesellschaft für Buchdruckerei und Zeitungsverlag m. b. H.

Als Dissertation von der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am 4. November 1932

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. F. Leonhard

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhalt.

§ 1. Bedeutung der gestellten Aufgabe 9

§ 2. Das Totenfürsorgerecht ist nicht öffentlich-rechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur 11

§ 3. Die Träger des Fürsorgerechts für den Leichnam . . . 14

I. Das Recht der Erben 14

1. Der Begriff »Leichnam«.
2. Der Leichnam ist Sache im Rechtssinn.
3. Die Erben sind Eigentümer des Leichnams und als solche Träger des Totenfürsorgerechts.

II. Das Recht der »Hinterbliebenen« 40

III. Das Recht des Ehegatten und der elterlichen Gewalthaber 46

§ 4. Der Inhalt des Totenfürsorgerechts 49

§ 5. Anordnungen des Erblassers 56

§ 6. Zusammenfassung und Kritik 70

Schrifttum.

v. Alvensleben, Die Rechtsverhältnisse am toten menschlichen Körper, Greifsw. Diss. 1909.

Bauer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im geltenden deutschen Recht, Leipz. Diss. 1929.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, I. Bd., Weimar 1886.

Binder, Vermögensrecht und Gegenstand in Bürg. A. 34/209 ff.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, I, 1902.

v. Blume, Fragen des Totenrechts in Ziv. A. 112/367 ff.

Bohne, Das Recht zur klinischen Leichensektion, in Festgabe für Richard Schmidt, Leipzig 1932, S. 105 ff.

Brunner, Das Friedhofs- und Bestattungsrecht, Berlin 1927.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 7. Auflage, Jena 1922.

Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht, Zürich 1885.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, I, Tübingen und Leipzig 1900; V, Tübingen 1912.

Crusen, Der strafrechtliche Rechtsschutz des Rechtsguts der Pietät, in v. Liszt: Abhandlungen des kriminalistischen Seminars, Berlin 1890.

v. Dassel, Beitrag zu der Frage des Rechts an einem Leichnam und des Rechts über die Beerdigung und Ausgrabung einer Leiche zu bestimmen, in „Recht" 08/410 ff.

Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., Berlin 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, I, Halle 1902; III, Halle 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 9. Aufl., Berlin 1903; III, 9. Aufl., Berlin 1919.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1, 12. Bearbtg., Marburg 1928; I, 2, 10. Bearbtg., Marburg 1928; II, 1, 7. Bearbeitung, Marburg 1927; II, 3, 5. Bearbeitung, Marburg 1923.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Berlin 1896.

Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, in Festgabe für Schirmer, Königsberg 1900.

Gareis, Ueber Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten, in Seuff. Bl. 70/308 ff.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, Leipzig 1895; II, Leipzig 1905.

Hegemann, Der Leichnam im Rechtssystem unter kurzer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung dieses Rechtsgebiets, Erl. Diss. 1912.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Freiburg 1897.

Henne, Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Leichnams und seiner Aschenreste, Erl. Diss. 1928.

Hilse, Testamentarische Anordnung der Feuerbestattung, in Bürg. A. 26/361 ff.

Humbert, Nochmals das Recht, den Inhalt der Grabschrift zu bestimmen, in J. W. 25/2108 ff.

Johnsen, Das Privatrecht der Leiche, Glückstadt 1912.

Josef, Das Recht am Leichnam, in Bay. Z. 05/122 ff.

Josef, Nochmals die testamentarische Anordnung der Leichenverbrennung, in „Recht" 05/103.

Josef, Praktische Fragen des Totenrechts, in Gruch. B. 65/304 ff.

Josef, Das Recht, den Inhalt der Grabschrift zu bestimmen, in J. W. 25/2108 ff.

Josef, Ein Recht der Anatomie auf Menschenleichen, in L. Z. 29/175 ff.

Klusemann, Das Recht des Menschen an seinem Körper, Leipz. Diss. 1907.

Koch, Leichnam und Grab im Strafrecht, Rost. Diss. 1910.

Koppe, Das Recht des Menschen am eigenen Körper, Erl. Diss. 1907.

Kramer, Ueber das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper, Berlin 1887.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I, 1904.

Lassaly, Die Rechtsverhältnisse am menschlichen Leichnam, in Sächs. Arch. f. Rechtspflege 21/178 ff.

Leonhard, Bürgerliches Gesetzbuch, V, Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912.

Leonhard, Bürgerliches Recht, 2. Aufl., Marburg 1926.

Loening, Die Feuerbestattung und das preußische Recht, in DJZ. 08/839 ff.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 3. Aufl., Berlin 1900.

Merkel, Die Rechtsnatur des menschlichen Leichnams, in Sächs. Arch. f. deutsch. bürg. Recht 14/677 ff.

Merkel, Der Leichenraub, eine historische und dogmatische Studie, Leipzig 1904.

Mittelstein, Mensch und Leichnam, in Goltd. A. 34/172 ff.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III u. V, Amtl. Ausg., Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I, Berlin 1889.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, 3. Aufl., Berlin 1927.

Oertmann, Aneignung von Bestandteilen einer Leiche, in L. Z. 25/511 ff.

Oppenheimer, Ein Recht der Anatomie auf Menschenleichen?, in L. Z. 28/1534.

Pfäfflin, Anordnung rechtskräftig geschiedener Personen über die Beerdigung eines gemeinschaftlichen minderjährigen Abkömmlings, in Bay. Z. 12/16 ff.

Philipsborn, Das Recht auf Leichensektionen in Krankenanstalten, in J. W. 30/1552 ff.

Pick, Die Feuerbestattung im Privat- und Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Gesetzgebung, Bresl. Diss. 1928.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, 4. Aufl., Berlin 1913; V, 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1931.

Rausnitz, Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie, in „Recht" 03/593 ff.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I, Berlin 1899.

Rhode, Juristische Person und Treuhand (1932), S. 113 ff. (erst nach Fertigstellung der Arbeit erschienen).

Sandheim, Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden? in „Recht" 05/43.

Schreuer, Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte, in Festgabe für Bergbohm, Bonn 1919/242 ff.

Schultheis, Ueber die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben, Halle-Wittbg. Diss. 1888.

Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, in Bürg. A. 32/12 ff.

v. Schwerin, Das Recht am Leichnam, in Seuff. Bl. 70/653 ff.

v. Sczaniecki, Vom Recht am Leichnam des Gefallenen, in „Recht" 16/419.

Seesemann, Ist eine heimliche Leichensektion strafbar? in DJZ. 30/895.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl., Berlin, Stuttgart, Leipzig 1926.

Specovius, Das Recht, den Inhalt der Grabschrift zu bestimmen, in J. W. 25/344.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, I, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925; V, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1928.

Tietz, Der Schutz der Toten im Recht der Gegenwart, Bresl. Diss. 1931.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I, Leipzig 1910.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, I, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876.

Völckers, Vom Recht am Leichnam des Gefallenen, in „Recht" 16/250.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I, Tübingen 1923; II, Tübingen 1927.

v. Weise, Das sächsische Anatomiegesetz, in DJZ. 12/1292.

§ 1.

Bedeutung der gestellten Aufgabe.

Der Gedanke, die Toten zu achten und zu ehren, ist seit jeher Allgemeingut der Menschheit gewesen. Wenn wir in die Vergangenheit zurückschauen, so finden wir, daß alle Völker die sterblichen Ueberreste des Menschen in besonders würdevoller, durch Gesetz und Sitte streng geordneter Weise betrachtet und behandelt haben; die Ehrfurcht vor der Majestät des Todes und die Achtung vor der Persönlichkeit, deren letzter Rest die Leiche ist, lassen diese Tatsache ihre Erklärung finden.

Auch die Gesetzgebung hat sich diesen Empfindungen mehr oder weniger bewußt nie verschließen können. In Rom, wo uns zum erstenmal in der Geschichte eine umfassende Gesetzgebung und Rechtsaufzeichnung entgegentritt, sowie im Recht unserer Vorfahren finden wir zwar einschlägige strafrechtliche Vorschriften und vereinzelt auch privatrechtliche Bestimmungen, die über die grundsätzliche Stellung des Leichnams im jeweiligen Rechtssystem in etwa Auskunft geben können (1); die Rechtsfragen aber, die sich mit dem Schicksal und insbesondere mit der Sorge für den menschlichen Leichnam befassen, und die wir mit v. Blume (2) als „Totenrecht" bezeichnen wollen, hat die Rechtsordnung aller Völker bis auf den heutigen Tag unberührt gelassen und hiermit die Grundlage für die Fragwürdigkeit und Problematik dieses Rechtsgebietes geschaffen.

Neben der Scheu, die der Gesetzgeber hierdurch ebenso wie der einzelne dem Leichnam gegenüber bewiesen hat, ist für sein Schweigen wohl auch die Ueberzeugung maßgebend gewesen, daß sich das Schicksal des menschlichen Leichnams im Kreise der Familie von selbst erledige und die Rechtsordnung keinen Anlaß habe, in diese inneren Familienangelegenheiten einzugreifen. Auch die Wissenschaft hat diesem Gedanken Ausdruck

(1) Vergl. hierzu Hegemann S. 2 ff., Cramer S. 5 ff.
(2) S. 370.

verliehen, ist doch z. B. noch Cramer (1) der Auffassung gewesen, daß das Bestattungsrecht „vorwiegend ethischer Natur" sei und „einer juristischen Regulierung gar nicht bedürfe". Diese Anschauung kann jedoch, mag sie auch früher berechtigt gewesen sein, heute im Hinblick auf die große praktische Bedeutung, die dem Totenfürsorgerecht zukommt, nicht mehr als richtig anerkannt werden.

Einmal finden wir in neuerer Zeit mehr und mehr die Erscheinung, daß Leichen auf Grund letztwilliger Anordnungen oder Verfügungen der Erben den Anatomien übergeben werden. Wenn wir auch schon Leichensektionen seit dem Mittelalter, etwa seit Anfang des 13. Jahrhunderts (2) kennen, so hat sich doch in früheren Zeiten die Ueberlieferung von Leichen an Anatomien ausschließlich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts vollzogen. Landesherrliche und päpstliche Verordnungen (3) haben bestimmt, welche Leichen den Anatomien zur Sektion übergeben werden mußten, dagegen sind Anordnungen der Erblasser und der Erben in dieser Richtung völlig unbekannt. Die rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit solcher Anordnungen ist daher naturgemäß noch verhältnismäßig unklar und unerforscht, so daß eine Untersuchung dieser Frage von Interesse sein wird.

Sodann hat auch das Aufkommen der Feuerbestattung gegen Ende des vorigen Jahrhunderts die Bedeutung des Totenrechts beträchtlich erhöht. Die Feuerbestattung hat zwar im Laufe der Zeit in allen deutschen Ländern gesetzliche Anerkennung gefunden, doch hat diese gesetzliche Sanktion es durchaus nicht vermocht, das Empfinden weiter Volkskreise zu ändern, die diese Bestattungsart als unvereinbar mit Sitte und Herkommen ansehen. Wie oft mag es heute noch vorkommen, daß ein Teil der Angehörigen aus sittlichen oder religiösen Empfindungen die Feuerbestattung gänzlich verwirft und demzufolge einer Verbrennung des Verstorbenen erheblichen Widerstand entgegensetzt, während die übrigen Angehörigen, die diese Bestattungsart als ideal ansehen, die Verbrennung des Verstorbenen mit ebensolcher Energie durchzusetzen suchen. Man kann in solchen Fällen nicht lediglich mit einem Hinweis auf den Willen des Verstorbenen antworten, wie es in den Kommissionsberatungen

(1) S. 44, 45.

(2) Siehe Cramer, S. 15 ff., der berichtet, daß die erste Sektion um 1238 unter Friedrich II. vorgenommen worden ist; vergl. hierzu auch Bohne, S. 108 und die dort angeführte Literatur.

(3) Vergl. die ausführlichen Darlegungen Cramers S. 15 ff.

des Preußischen Abgeordnetenhauses ein Kommissar der Justizverwaltung getan hat (1); denn wenn der Wunsch des Verstorbenen nicht stark genug ist, die religiösen und sonstigen Bedenken seiner Familie zu überwinden, so bleibt die Rechtsfrage klarzustellen, ob die Angehörigen zur Beobachtung dieses letzten Willens verpflichtet sind.

Alle diese Fragen lassen uns erkennen, daß unsere Aufgabe, das geltende Totenrecht in seiner Gesamtheit darzustellen, sowohl praktisch bedeutsam als auch im Hinblick auf die Fragwürdigkeit und Eigenartigkeit der Probleme aufschlußreich und interessant sein dürfte.

§ 2.

Das Totenfürsorgerecht ist nicht öffentlich-rechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur.

Es wird zu Eingang unserer Betrachtungen klarzustellen sein, ob es sich bei dem Fürsorgerecht für den Leichnam um öffentliches oder privates Recht handelt. Die hier noch heute bestehenden Meinungsverschiedenheiten sind wohl zu einem guten Teil auf einen Satz der Motive (2) zurückzuführen, der mit knappen und dürren Worten sagt, daß „die publizistische Beerdigungspflicht außerhalb des Bereichs des bürgerlichen Rechts liege". Ganz abgesehen davon, daß hier doch nur von einer Beerdigungspflicht, nicht aber von einem Beerdigungsrecht die Rede ist, hat man dieser Stelle der Motive in der Rechtswissenschaft offenbar eine weit größere Bedeutung zugemessen, als ihr zukommt. Nur so ist es letzten Endes zu erklären, daß man in der Literatur z. T. das Beerdigungsrecht als öffentliches Recht angesehen hat.

Für das Gebiet des Preußischen Rechts wird die Auffassung, daß das Totenfürsorgerecht öffentliches Recht ist, von Loening (3) und wohl auch von Josef (4) vertreten, der diese seine Ansicht allerdings später fallen gelassen hat (5). Man leitet diese Annahme aus den §§ 453—457 II 11 A. L. R. her, in denen für die Hinterlassenen eine öffentlich-rechtliche Beerdigungspflicht festgesetzt und ihnen zugleich die im öffentlichen Recht

(1) Sammlung der Drucks. d. Haus. d. Abg. 21 Legisl. IV. Session (1911) S. 3177.
(2) Mot. V, S. 535.
(3) S. 844; ebenso Pinzger, Feuerbestatt. Ges., S. 63/71.
(4)in Bay. Z. 05/122 ff., insbes. 124, u. in „Recht" 05/103.
(5) in Gruch. B. 65/307.

wurzelnde Befugnis eingeräumt werde, über die Bestattungsart im einzelnen Bestimmungen zu treffen. Offensichtlich wird jedoch hierbei in die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts mehr hineingelegt, als in ihnen enthalten ist. Die §§ 453 ff. handeln nur von dem Pfarrer und seinen Rechten und insbesondere von den Gebühren, die letzterem bei Begräbnissen von Pfarrangehörigen innerhalb und außerhalb seiner Parochie zustehen (§§ 458, 459). Nicht eine allgemeine Beerdigungspflicht öffentlich-rechtlicher Natur wollen diese Bestimmungen festsetzen, sie wollen vielmehr lediglich Grundlage für die Berechnung der Begräbnisgebühren sein (1). Für die Richtigkeit dieser Auslegung sprechen auch die §§ 434, 435 II 1 A. L. R., in denen bestimmt wird, daß der überlebende Ehegatte den Verstorbenen anständig bestatten lassen müsse und außerdem die Kosten der Bestattung zu tragen habe; diese Vorschriften sind ihrer systematischen Stellung nach Familienrecht und daher auch ein gewichtiges Argument für die Ansicht, daß das Allgemeine Landrecht das Totenfürsorgerecht nicht als öffentliches Recht ansieht, zumal da nicht ersichtlich ist, welches Interesse der Staat gerade an einer anständigen, d. h. dem Stande des Verstorbenen angemessenen Beerdigung haben sollte.

Auch Merkel (2) steht auf dem Standpunkt, daß für den Leichnam nur öffentlich-rechtliche Beziehungen in Frage kommen. Zur Begründung dieser seiner Ansicht weist er darauf hin, daß der Leichnam keine Sache und somit privatrechtlichen Verhältnissen ganz entrückt sei. Diese Folgerung ist jedoch einmal deshalb nicht schlüssig, weil es sehr viele Gegenstände gibt, denen die Sachqualität fehlt, die gleichwohl aber dem Privatrecht unterlegen sind, man denke z. B. an die sog. Immaterialgüterrechte; sodann ist aber auch der Leichnam richtiger Ansicht nach als Sache anzusehen, wie unten noch zu zeigen sein wird.

Demgegenüber vertritt die herrschende Lehre mit Recht die Anschauung, daß es sich bei dem Recht der Totenfürsorge um Privatrecht handelt (3). Welche öffentlich-rechtlichen Interessen, die doch wohl immer Grundlage eines Hoheitsrechts sind, sollen bei der Leichenbestattung auch in Betracht kommen? Lediglich an polizeiliche Interessen könnte man denken, und

(1) Vergl. v. Blume S. 416, Henne S. 15.
(2) Leichenraub S. 17.
(3) So die Literatur mit Ausnahme der angeführten Gegner und die gesamte Rechtsprechung; cf. z. B. R. G. in I W. 12/540, Gruch B. 46/1137 f., R. G. 71/20, 100/172, 108/219.

diese stehen bei der Leichenbestattung deshalb nicht auf dem Spiel, weil die Vornahme einer Feuerbestattung grundsätzlich ebensowenig wie eine Beerdigung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit (§ 14 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 31) hervorruft (1). Die zahlreichen polizeirechtlichen Vorschriften, die mit der Möglichkeit einer aus Behandlung von Leichen entstehenden Gefahr rechnen, und über Todesanzeigen, Leichenschau, Leichentransport usw. genaue Vorschriften treffen, beweisen dies zur Genüge. Die Rechtsverhältnisse am Leichnam finden folglich nicht in Bedürfnissen der Gemeinschaft, vielmehr in Interessen des einzelnen ihren Ursprung. Da aber „die Privatrechtsordnung dazu bestimmt ist, die Rechtssphäre des einzelnen mit Rücksicht auf seine individuellen Interessen zu regeln (2)", dürfte die privatrechtliche Natur des Totenfürsorgerechts erwiesen sein.

Dies Ergebnis ergibt sich notwendig auch noch aus einer anderen Erwägung. Wir kennen in unserem heutigen Recht manche reichs- und landesrechtliche Bestimmung, die dem Staat unter gewissen Voraussetzungen ein Sektionsrecht an Leichen zuspricht. So ist z. B. im Reich eine Sektion aus sanitätspolizeilichen Gründen (3) schlechthin und in Preußen für bestimmte Personenklassen (4) außerdem noch dann gestattet, wenn die Angehörigen nach dem Todesfall keinen Einspruch erheben und sich zudem zur Uebernahme der Beerdigungskosten bereit erklären. Das sehr weitgehende sächsische Anatomiegesetz vom 5. 10. 12, das den Anatomien ganz allgemein ein Sektionsrecht zuerkennt, gewährt den Angehörigen ebenfalls bei Uebernahme der Bestattungskosten noch 72 Stunden nach dem Tode ein Recht, die Bestattung des Verstorbenen zu verlangen und darüber Bestimmungen zu treffen. Aus allen diesen Vorschriften, unter die man gedanklich auch § 454 Abs. 5 St.P.O. einreihen kann, ist trotz des erheblichen Umfanges der hier dem Staat eingeräumten Befugnisse klar zu erkennen, daß der Staat gewissen, dem Verstorbenen nahestehenden Personen ein privatrechtliches Vorrecht am Leichnam zugesteht, nimmt er für sich doch erst in zweiter Linie ein Recht in Anspruch (5).

(1) Vergl. hierzu die ausführlich. Darlegungen des Pr. O. V. G. in einer Entscheidung vom 15. 5. 08, cit. bei Loening S. 839 ff.

(2) So R. G. in Warn. R. 13, Nr. 303.

(3) Vergl. Reichsges. betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. 6. 1900 sowie auch für Preußen das preuß. Ges. betr. die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten v. 28. 8. 1905.

(4) Vergl. Min.-Erl. v. 9. 6. 89 (Min.-Bl. f. d. ges. inn. Verwaltung, S. 133)

(5) Vergl. v. Blume S. 418, Henne S. 15.

Es darf nach alledem als erwiesen angesehen werden, daß das Recht der Fürsorge für den Leichnam privatrechtlicher und nicht öffentlich-rechtlicher Natur ist.

§ 3.

Die Träger des Fürsorgerechts für den Leichnam.

I. Das Recht der Erben.

1. Der Begriff „Leichnam".

Bei unseren weiteren Darlegungen wird es zweckmäßig sein, zunächst das Objekt des Totenfürsorgerechts, den „Leichnam", begrifflich genau zu umgrenzen, um dann im Anschluß hieran Träger und Inhalt dieses Rechts zu bestimmen.

Um zu einer klaren Bestimmung des Begriffs „Leichnam" zu gelangen, ist es erforderlich, den Anfang und das Ende der Leichnamsqualität eines leblosen Menschen festzustellen.

Wie schon die Etymologie des Wortes „Leichnam" — Leichnam (lîh-hamo) ist gleichbedeutend mit Fleischhülle als Kleid der Seele (1) — erkennen läßt, ist der Leichnam als lebloser Körper eines Menschen anzusehen. Als erste Voraussetzung für den Beginn der Eigenschaft als „Leichnam" wird man daher die Menschqualität des Toten erfordern müssen. Ein nicht vollentwickeltes Geschöpf, eine Frucht, die sich rechtlich als abgetrennter Körperteil darstellt, kann daher z. B. nicht als Leichnam gelten (2). Anderseits ist es nicht nötig, wie man teilweise annimmt (3), daß der Geborene bereits gelebt hat, vielmehr ist auch ein totgeborenes Kind als Leichnam anzusprechen (4). Denn der Totgeborene war doch ein entwickeltes menschliches Wesen, und diese Tatsache muß entscheidend sein. Der seit alters her geübte Brauch, auf den Merkel (5) treffend hinweist, daß man „ausgestoßene Früchte wegzuwerfen oder zu verscharren, totgeborene Kinder dagegen regelrecht zu beerdigen pflegt", spricht für die Richtigkeit dieses Ergebnisses.

(1) Vergl. Merkel, Leichenraub, S. 2, 3.

(2) So die fast allgemeine Meinung, cf. v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 580, Crusen S. 30, Cramer S. 21, Henne S. 1, 2, unentschieden Johnsen S. 81.

(3) Crusen S. 31, Binding I, S. 184, Cramer S. 21.

(4) So die herrschende Lehre, z. B. Johnsen S. 81, v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 580, Hegemann S. 26, Tietz, S. 29, Henne S. 2.

(5) Leichenraub S. 4.

Wenn wir somit zusammenfassend sagen können, daß die Leichnamsqualität eines leblosen Körpers mit der Geburt schlechthin ohne Rücksicht auf eine etwaige Lebensfähigkeit beginnt, so bleibt noch festzustellen, wann sie ihr Ende erreicht.

Diese Frage nach klaren äußeren Gesichtspunkten zu beantworten, hat immer erhebliche Schwierigkeiten bereitet, und man wird auch eine befriedigende Antwort kaum jemals finden können. Gewiß ist zwar, daß der menschliche Körper einmal seine Eigenschaft als Leichnam verliert, und dieser Augenblick tritt spätestens dann ein, wenn der tote Körper nicht mehr als Ueberrest einer Persönlichkeit erkennbar ist. Auch wird man grundsätzlich mit v. Schwerin (1) und der herrschenden Lehre (2) nur solange von einem „Leichnam" sprechen können, wie der „Zusammenhang zwischen den einzelnen Körperteilen noch nicht durch den natürlichen Verwesungsprozeß oder eine diesem gleichzustellende Vernichtungsart, insbesondere Verbrennung, aufgehoben ist". Hiermit ist aber noch keine klare und objektiv verläßliche Bestimmung des Augenblicks gegeben, in dem der Leichnam aufhört, Leichnam zu sein, hat man die Entscheidung doch ganz auf ein subjektives Moment, die Anschauung der Menschen, abgestellt. Da aber das Urteil der Menschen über äußere Tatbestände immer unterschiedlich sein wird, und sich in der Tat objektive, äußere Merkmale für die Feststellung dieses Augenblicks nicht auffinden lassen, wird die Frage, ob die Ueberreste des verstorbenen Menschen sich im Einzelfall noch als Leichnam darstellen, immer verschieden beantwortet werden. Das Ende der Leichnamsqualität des leblosen Körpers wird sich daher niemals genau festlegen lassen.

Dieses unbefriedigende Resultat haben alle in dieser Richtung angestellten Versuche nicht beseitigen können. Insbesondere ist auch die Lehre Cramers (3), der die Tatsache des Bestattetseins maßgebend sein läßt und als Leichnam „die entseelte Hülle des Menschen" ansieht, „solange sie noch nicht bestattet ist", als unrichtig zu verwerfen. Inwiefern gerade die Bestattung einer Leiche für ihre Eigenschaft als Leichnam bestimmend sein soll, ist schon unerfindlich; ferner spricht auch das äußerst merkwürdige Ergebnis, zu dem Cramer gelangt,

(1) S. 658.

(2) So z. B. v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 580, Ebermayer u. Gen., Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl. zu § 168, Anm. 2, Crusen, S. 27, Klusemann S. 39, Henne S. 3, Pick S. 16.

(3) S. 20; gegen Cramer mit Recht die herrschende Lehre, siehe z. B. v. Schwerin S. 657, Hegemann S. 24, 25, Tietz S. 32, Koch S. 20, Henne S. 3

nämlich daß der begrabene Tote durch Wiederausgraben wieder Leichnam werde, schlagend für die Unrichtigkeit dieser Lehre.

Unrichtig ist es auch, der Frage der Bestattungspflicht für den Begriff des Leichnams entscheidende Bedeutung beizumessen (1). Eine solche Pflicht bestimmter Personen mag vielleicht auf deren Pietätsempfindungen Einfluß haben, den Charakter des Leichnams als solchen, dessen physische Beschaffenheit von solcher Pflicht offensichtlich völlig unabhängig ist, kann sie nicht berühren (2).

Man wird somit als Leichnam einen jeden leblosen menschlichen Körper ansehen müssen bis zu dem Augenblick, in dem der Zusammenhang zwischen den einzelnen Körperteilen durch den natürlichen Verwesungsprozeß oder eine gleichzustellende Vernichtungsart aufgehoben ist. Unter Zugrundelegung dieser Definition ergibt sich, daß Anatomieleichen (3) und Mumien (4) auch als „Leichnam" zu gelten haben, da der natürliche Zusammenhang zwischen den einzelnen Körperteilen noch besteht, und die Bestattungspflicht, wie dargelegt, für die Eigenschaft als Leichnam unbedeutend ist. Die Aschenreste kann man dagegen aus demselben Grunde nicht mehr als Leiche ansehen (5); sie werden jedoch in rechtlicher Hinsicht dem Leichnam entsprechend zu behandeln sein (6), da nicht einzusehen ist, warum die sterblichen Ueberreste des Menschen bei beschleunigter Substanzveränderung rechtlich eine andere Beurteilung verdienen, als bei einer langsam fortschreitenden Zersetzung.

2. Der Leichnam ist Sache im Rechtssinn.

Wenn wir nun unter Zugrundelegung des gewonnenen Leichnamsbegriffes die Frage nach dem Träger des Fürsorgerechts einer näheren Prüfung unterziehen, so ist es naheliegend, die Grundlage dieser Befugnis in dem umfassendsten Recht unseres Rechtssystems, dem Eigentum, zu erblicken: es wäre möglich, daß die Erben Eigentümer des Leichnams sind und daß ihnen

(1) So Johnsen S. 80, ähnlich auch v. Schwerin S. 658, 659.
(2) So treffend Henne S. 4, Tietz S. 35, Crusen S. 40.
(3) So Johnsen S. 80, Merkel, Leichenraub S. 22 ff., Koch S. 21, Henne S. 4. u. a.
(4) So Josef in Gruch. B. 65/314, Tietz S. 35, Schultheis S. 40, Koch S. 21, Henne S. 4; a. A. Endemann III S. 227, Merkel a. a. O. S. 7, v. Schwerin S. 659, Johnsen S. 80, wohl auch Schreuer S. 275.
(5) So die herrsch. Meinung, z. B. Pick S. 16, v. Schwerin S. 658, Josef a. a. O. S. 314, Koch S. 21; A.A. O.L.G. Hamm v. 26. 9. 99 in „Recht" 1900/533.
(6) So Pick S. 16, Klusemann S. 40, Henne S. 5, R. G. in Seuff. Bl. 70/15. R. G. in D. J. Z. 04/265, Nr. 19.

aus diesem Gesichtspunkt das Recht der Fürsorge für den Leichnam zusteht. Für ein solches Erbeneigentum ist Voraussetzung, daß der Leichnam Sache im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, eine Frage, die immer sehr umstritten gewesen ist und auch heute noch nicht einheitlich beantwortet wird; eine eingehende Prüfung erscheint daher geboten.

Der Sachcharakter des Leichnams kann zunächst nicht aus der Rechtsnatur des lebenden menschlichen Körpers hergeleitet werden, da letzterer nach allgemeiner Auffassung nicht als Sache gelten kann (1). Dominus membrorum suorum nemo videtur (2), haben schon treffend die Römer gesagt, und diese Auffassung steht auch heute noch durchaus in Einklang mit unserer Rechtsordnung. Eindeutig erhellt dies aus dem Gegensatz zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, der unser Rechtssystem durchzieht und z. B. in den §§ 823, 903 B.G.B. Ausdruck findet; § 823 zählt neben dem Eigentum auch noch den Körper, Leben und Gesundheit als privatrechtliche Schutzobjekte auf, was überflüssig wäre, wenn der lebende Mensch Eigentümer seines Körpers wäre, und § 903 ist auch nur unter Zugrundelegung der Gegensätzlichkeit zwischen menschlichem Körper und Sache zu verstehen.

Die früher im gemeinen Recht von v. Jhering (3) und von v. Vangerow (4) vertretene Auffassung, daß der Mensch Eigentümer seines eigenen Körpers und dieser somit Sache sei, wird heute mit Recht allgemein abgelehnt (5). Ganz abgesehen davon, daß diese Ansicht äußerst konstruktiv erscheint, übersieht man auch völlig, daß erst die Vereinigung von Körper und Geist das Rechtssubjekt bildet in der Gestalt, wie es in das Rechtsleben bestimmend eingreift. Kein Rechtssubjekt ist ohne Körper denkbar, und man kann nicht, will man nicht den Begriff „Rechtssubjekt" entfallen lassen, willkürlich einen wesentlichen Bestandteil, nämlich den Körper, von jenem wegdenken. Der Körper ist „integrierender Bestandteil der menschlichen Person" (6), er ist, wie Schreuer treffend sagt (7), „nicht etwas,

(1) So z. B. Enneccerus I, 1 zu § 114 I, 1, Staudinger-Riezler zu § 90, 3a. Oertmann, Vorb. 6e zu § 90, Planck-Strecker, 2a zu § 90, Gierke II S. 35, 36, Josef a. a. O. S. 312, Gareis in Festgabe S. 62.

(2) L. 13. pr. D. 9, 2.

(3) Geist d. röm. Rechts III, S. 263.

(4) § 34, Anm. 1.

(5) Vergl. z. B. v.Alvensleben S. 13, Klusemann S. 5, Merkel a. a. O. S. 17. Hegemann S. 14, Johnsen S. 13.

(6) So Mathias S. 148.

(7) S. 251.

was ich habe, sondern ein Stück dessen, was ich bin", so daß man ihn nicht als „Sache" bezeichnen kann.

Es muß daher die zur Erörterung stehende Frage auf die Untersuchung beschränkt werden, ob der Körper des lebenden Menschen im Augenblick des Todes zur Sache wird. Da die Meinungen über die Beantwortung dieser Frage, wie erwähnt, auseinandergehen, und die Begründungen der jeweiligen Anschauungen durchaus verschieden sind, wird im einzelnen zu den Ansichten Stellung zu nehmen sein.

Die Sacheigenschaft des menschlichen Leichnams wird von einer verbreiteten Auffassung mit der Behauptung bestritten, die menschliche Persönlichkeit sei durch den Tod noch nicht vollends erloschen, vielmehr wirke sie noch in beschränktem Maße in dem Leichnam fort.

Als Vertreter dieser Anschauung ist in erster Linie Gareis (1) zu nennen, der bei seinen eingehenden Darlegungen von einem Persönlichkeitsrecht des Menschen an seinem Körper ausgeht. Schon in der römisch-rechtlichen potestas sui und in der germanischen Muntschaft seien Elemente eines solchen Persönlichkeitsrechts an der eigenen Person zu finden. Zur Anerkennung dieses Rechts gelange man in jedem Rechtssystem „durch logische Spaltung des rechtsfähigen Menschen in das berechtigte Subjekt einer-, und das von diesem beherrschte Objektive im freien Menschen andrerseits". Dieses Persönlichkeitsrecht über den eigenen Körper bestehe, so meint Gareis, noch so lange über den Tod hinaus, wie eine Fortwirkung der Persönlichkeit vorhanden sei. Den Hinterbliebenen stehe dann allerdings die Disposition über dieses Recht zu, das gleichwohl nicht ihr Recht, sondern das des Verstorbenen sei. Aehnlich dieser Ansicht sprechen auch v. Gierke (2), Kipp (3), Rausnitz (4), Soergel (5) u. a. (6) dem Leichnam als dem „Rückstand einer Persönlichkeit" die Sacheigenschaft ab, und auch die Rechtsprechung (7)

(1) Festgabe S. 74, insb. 87 ff., und Seuff. Bl. 308, 318 ff., wo erstmalig in folgerichtiger Durchführung der a. a. O. (Festgabe) entwickelten Auffassung dem Leichnam die Sacheigenschaft abgesprochen wird.
(2) II, S. 35, 36.
(3) II, 3, § 1, II.
(4) S. 594.
(5) zu § 90, 3.
(6) Mittelstein in Goldt. A. 34/179; Warneyer, B. VI zu § 1.
(7) So R. G. in Seuff. Bl. 59/308, R. G. 64/313 ff., 100/173, L. G. Bonn in J. W. 28/2294 ff., während R. G. in J. W. 12/540 u. in I. W. 31/1489 die Frage offen läßt.

hat sich zum Teil aus denselben Erwägungen dieser Anschauung angeschlossen.

Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob unsere Rechtsordnung tatsächlich ein solches Persönlichkeitsrecht des Menschen an seinem Körper und an seinen Gliedern anerkennt; die von Gareis vorgenommene „Spaltung" des Menschen, die rechtlich gesehen willkürlich und unhaltbar ist, sowie die angezogenen geschichtlichen Gesichtspunkte vermögen diese Annahme keinesfalls zu rechtfertigen, und man muß wohl auch mangels dahingehender Gesetzesbestimmung — insbesondere § 823 kann diese Ansicht nicht stützen — ein solches Persönlichkeitsrecht an der eigenen Person ablehnen (1). Jedenfalls ergibt sich ohne Rücksicht auf die Existenz eines solchen Rechtes die Unrichtigkeit der dargelegten Anschauungen aus der Natur der Persönlichkeit und der Persönlichkeitsrechte. Die Persönlichkeit hat mit dem Tode aufgehört zu sein, und eine Fortwirkung in irgendeiner Form erscheint rechtlich unmöglich. Das Charakteristikum eines Persönlichkeitsrechts besteht sodann darin, daß es mit der Person seines Trägers fest und unlöslich verbunden ist und mit ihr zugleich untergeht. Wenn mit dem Tode daher der bisherige Träger des Rechts fortfällt, so muß auch ein etwa bestehendes Persönlichkeitsrecht in diesem Augenblick erlöschen. Wer sollte denn auch, wenn das Recht über den Tod hinaus wirken sollte, Inhaber des Rechts sein? Das bisherige Rechtssubjekt existiert nicht mehr, und die Erben können infolge der höchstpersönlichen Natur des Rechts auch nicht als Träger in Frage kommen. Mit dem Glauben an eine über den Tod hinauswährende beschränkte Fortdauer der Persönlichkeit, sowie mit Hilfe eines auf den Leichnam übertragenen fortwirkenden Persönlichkeitsrechts erscheint es daher unmöglich, diesen dem Kreis der Sachen im Rechtssinn zu entziehen.

Der vorerwähnten Auffassung verwandt ist die eigenartig begründete Anschauung Schreuers (2). Schreuer führt aus, daß der Staat und das weltliche Recht den Leichnam in einer Weise behandeln, die man durchaus nicht als sachenrechtlich bezeichnen könne. Ein Beweis für diese Behauptung seien schon die offiziellen Ehrungen, die man dem Leichnam zuteil werden lasse; insbesondere seien auch die Vorschriften über die Be-

(1) So wohl die herrsch. Meinung, cf. z. B. Endemann, III, S. 225, Leonhard, Lehrbuch, S. 107, III, b, Planck-Strecker, Vorb. 2a vor § 90, Henne, S. 26.

(2) S. 265 ff.

handlung von Leichen beim Eisenbahntransport (1), die u. a. eine Beförderung von Leichen auf Personenzügen, die Mitgabe eines Begleiters, eine Beförderung auf Beförderungsscheinen und nicht auf Frachtbriefen vorsehen, nur als spezielles Personenrecht verständlich. Da sodann in unserem heutigen Recht ebenso wie in Rom und im alten deutschen Recht die Entwicklung eines Menschen zur vollen Rechtspersönlichkeit stufenweise vor sich gehe, sei auch ein nach und nach fortschreitender Untergang einer Persönlichkeit möglich: Der Leichnam sei daher als äußerlicher Rest eines Rechtssubjekts, als Teilpersönlichkeit anzusehen. „Nicht nur die Werke der Toten wirken nach, auch ihre Rechtspersönlichkeit lebt, wenn auch zersetzt und absterbend, über den Tod hinaus (2)."

Als überzeugend kann man diese Darlegungen Schreuers jedoch in keinem Punkte ansprechen. Zunächst sind Ehrungen, die man einem Leichnam erweist, nur als Ausdruck der Achtung und Ehrfurcht vor den sterblichen Ueberresten eines Menschen zu werten, für die auch nur beschränkte Fortexistenz des Menschen über seinen Tod hinaus vermögen sie nichts zu beweisen. Die Heranziehung der Vorschriften des Eisenbahnverkehrsrechts erscheint sodann deshalb verfehlt, weil diese Bestimmungen, die sich im Hinblick auf die einzigartige Natur des menschlichen Leichnams erklären, doch offenbar nur aus einer Rücksichtnahme auf die Empfindungen der Angehörigen entstanden sind, nicht aber irgendeine Rechtsauffassung zum Ausdruck bringen wollen; daß die Eisenbahnverkehrsordnung ferner nicht die Rechtsansicht Schreuers zu stützen geeignet ist, ergibt sich auch schon daraus, daß die Bestimmungen über Personenbeförderung und Beförderung von Reisegepäck, Expreßgut, Leichen usw. in gesonderten Abschnitten niedergelegt sind, immerhin ein Beweis dafür, daß die Eisenbahnverkehrsordnung die Sacheigenschaft des Leichnams nicht schlechthin ablehnt. Endlich können auch die von Schreuer angezogenen angeblichen Parallelen des früheren und heutigen Rechts nichts daran ändern, daß die Existenz des Menschen mit dem Tode ihr Ende erreicht und die Rechtspersönlichkeit untergeht.

Eine der Ansicht Schreuers ähnliche Auffassung wird von Merkel (3) vertreten, der auch ethische, philosophische, religiöse

(1) Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. 10. 99, §§ 42 ff.; heute in einem hier wesentlichen Punkte geändert durch Aenderungsverordnung v. 2. 1. 20.
(2) S. 265 ff.
(3) Sächs. Arch. 14/680, Leichenraub S. 18.

und ästhetische Gesichtspunkte mitberücksichtigen zu müssen glaubt, um den Nachweis zu erbringen, daß der Leichnam keine Sache im Rechtssinn ist. Der „tote Herr der Dinge lasse sich nicht den Dingen gleichstellen. Der Mensch, Gottes Ebenbild, qualifiziere die Dinge außer ihm — sich selbst unter sie zu reihen, widerstreite seiner innersten Natur. Denn die Dinge der Erde sind dem Menschen untertan; Gott sprach: Herrschet über sie (1)".

Gegen eine derartige, durchaus unjuristische Argumentation ist jedoch einzuwenden, daß Gesichtspunkte, die außerhalb des Rechts liegen, als rechtliche Kriterien nicht in Betracht kommen. Das Recht hat seine Grenzen gegenüber Religion, Ethik, Philosophie und Aesthetik genau abgesteckt, und soweit nicht vom Gesetz ausdrücklich ein bestimmter Maßstab dieser Art für zulässig erklärt ist, ist eine Differenzierung nach solchen rechtsfremden Momenten unstatthaft. Die Ausführungen Merkels sind daher auch im vorliegenden Falle ganz ungeeignet, in rechtlicher Hinsicht etwas zu beweisen.

Letzterer Ansicht nahe steht die Anschauung Cramers (2), der der Meinung ist, daß sich der Leichnam nicht zur Sache „degradieren lasse, und kein Volk einen derartigen Schritt mit seiner hohen, oft durch Göttergebot bedingten Verehrung der Toten vereinigen könne"; man müsse vielmehr den Leichnam, der keinen Vermögenswert besitze, als Sache im nichtjuristischen Sinne bezeichnen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Besitz der Sacheigenschaft für einen sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand keine Degradierung, kein Werturteil, sondern lediglich eine empirische Feststellung bedeutet; sodann berechtigt die Annahme, daß der Leichnam keinen Vermögenswert besitzt, — ob dies tatsächlich der Fall ist, wird in anderem Zusammenhang darzulegen sein — jedenfalls niemals zu dem Schluß, daß der Leichnam eine unjuristische Sache ist, da unser Recht solche Sachen nicht kennt.

Ferner kann auch die vereinzelt vertretene Ansicht (3), die den Leichnam unter die res extra commercium einreiht, sowie die Auffassung Cromes (4), der den Leichnam dann als eine dem Privatrecht entzogene Sache ansieht, wenn der Verstorbene keine gültigen Bestimmungen über ihn getroffen hat,

(1) Merkel in Sächs. Arch. 14/680, Leichenraub S. 18.
(2) S. 35 ff., insb. S. 40.
(3) So Schultheis, S. 26 ff., Fischer-Henle, zu § 90, Anm. 4.
(4) I, § 68, 3a.

nicht als richtig erachtet werden. Unser Bürgerliches Gesetzbuch bezeichnet in § 90 körperliche Gegenstände schlechthin als Sachen und scheidet aus diesem Sachbegriff nicht, wie das römische Recht, bestimmte Dinge aus; wenn sich der Leichnam daher als „körperlicher Gegenstand" im Sinne des § 90 B.G.B. darstellt, so ist damit zugleich erwiesen, daß er Sache und somit grundsätzlich verkehrsfähig ist ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich dieser Verkehrsfähigkeit durch die einzigartige Natur des menschlichen Leichnams Schranken gesetzt sind. Die angeführten Meinungen sind daher unzutreffend, zumal da die Begründung Cromes, der die Sacheigenschaft des Leichnams von der willkürlichen Disposition des Menschen abhängig machen will, völlig fehlgeht.

Ein wesentlich anderer Weg zur Begründung der Auffassung, daß der menschliche Leichnam keine Sache im Rechtssinn ist, wird von Francke (1) und Josef (2) eingeschlagen. Sie behaupten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch durch § 823 ein Recht hinsichtlich des eigenen Körpers anerkenne und hiermit schon zum Ausdruck bringe, daß der menschliche Körper und folglich auch die Leiche keine Sache, d. h. dem Sachenrecht unterworfen sei. Es kann jedoch auf sich beruhen bleiben, ob unsere Rechtsordnung tatsächlich ein bürgerliches Recht am eigenen Körper kennt, oder ob es sich nicht vielmehr in § 823 um den Schutz gewisser Lebensgüter handelt (3); jedenfalls ist die aus der Existenz eines solchen Rechts gezogene Folgerung (4), daß der Leichnam deshalb keine Sache sei, weil auch der lebende menschliche Körper keine Sachqualität besitze, willkürlich und einer ernstlichen Widerlegung nicht wert.

Ganz eigenartig ist der Weg, auf dem Schwarz (5) nachzuweisen versucht, daß der Leichnam nicht als Sache anzusehen ist. Er stellt seinen Darlegungen die These vornan, die er u. a. aus der beschränkten Anerkennung des „nasciturus" (cf. § 1923) und der Rechtsfigur der juristischen Person herleitet, daß unsere Rechtsordnung nicht dem Menschen als Rechtssubjekt, sondern dem „Interesse" Schutz gewähre. Da man auch dem Toten gewisse Interessen, wie körperliche Integrität, Schutz gegen üble

(1) in Gruch. B. 56/808.
(2) in Gruch. B. 65/304.
(3) So z. B. Enneccerus, I 2, § 450. 2, Leonhard, Lehrbuch, S. 107, III, b, Enneper, Rechtsgüter des § 823,1, Marb. Diss. 29, S. 25 ff.
(4) Diese Folgerung zieht auch ohne Begründung Binding, I. S. 185.
(5) S. 42 ff.

Nachrede usw. zubilligen müsse, müsse auch die Rechtspersönlichkeit des Menschen über seinen Tod hinaus fortbestehen.

Diese Theorie ist zunächst insofern fehlerhaft, als bei Verletzung der körperlichen Integrität, bei Verleumdung und Beleidigung Verstorbener nicht die Sphäre der Toten betroffen wird, sondern durch die in Betracht kommenden Vorschriften einzig und allein die öffentliche Ordnung und die Empfindungen und Interessen der Erben geschützt werden; dies ergibt sich besonders klar aus der historischen Entwicklung und systematischen Stellung der einschlägigen Strafnormen (§§ 168, 367 St.G.B.) (1), sowie aus der Existenz der §§ 189, 3 St.G.B., 361, 2, 393, 2 St.P.O., § 22 K.U.Sch.G. v. 9. 6. 1907 (2). Sodann stellt sich Schwarz mit seiner Ansicht auch in krassen Widerspruch zu unserer heutigen Rechtsordnung, deren Fundament ebenso wie im römischen und deutschen Recht der Grundsatz ist: omne ius hominum causa constitutum est. Das Recht ist der Menschen wegen da, und der Mensch allein kann grundsätzlich als Träger von Rechten in Betracht kommen. Die Behauptung, daß es außer dem Menschen und den von der Rechtsordnung diesem gleichgestellten Rechtssubjekten noch andere Rechtsträger gebe, und daß insbesondere jedwedes schutzbedürftige „Interesse" Zweckobjekt sei, findet in unserem Recht nicht die mindeste Grundlage. Mit dieser Feststellung ist auch die Lehre Schwarz' als widerlegt anzusehen.

Endlich muß noch auf die neuerdings von Tietz (3) geäußerten Gedanken eingegangen werden, der mit klarer und rechtlich achtbarer Beweisführung den Mangel der Sachqualität des Leichnams bestreitet. Tietz geht bei seinen Darlegungen von dem Wortlaut des Gesetzes aus, das als Sachen „körperliche Gegenstände" ansieht. Die Körperlichkeit des Leichnams sei zwar anzuerkennen, doch könne man ihn nicht als „Gegenstand" bezeichnen; zu einem „Gegenstand" gehöre nämlich mehr als bloße Körperlichkeit, da es viele körperliche Dinge, wie z. B. Sonne, Luft und Gestirne gebe, die keine Sache und daher auch kein „Gegenstand" seien. Das für den Begriff „Gegenstand" entscheidende Merkmal ergebe sich aus der Erwägung, daß der lebende Mensch Körper, keine Sache und doch z. B. Beziehungsgegenstand von obligatorischen Rechten und Familienrechten sei. Man müsse folglich für einen Gegenstand im Sinne des Gesetzes

(1) Zustimmend z. B. v. Blume, S. 419, v. Alvensleben, S. 45, Bohne, S. 129, Hegemann, S. 47.
(2) So z. B. Johnsen, S. 54, 55, Schreuer, S. 263, Crusen, S. 3 ff.
(3) S. 10 ff.

erfordern, daß an ihm Rechte möglich seien, die es in bezug auf Personen nicht gebe, und das seien die dinglichen Rechte. Da aber ein dingliches Recht, so insbesondere ein Eigentumsrecht ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht am Leichnam nicht bestehen könne, wie im einzelnen nachzuweisen versucht wird, so könne der Leichnam auch nicht als Sache im Rechtssinn gelten.

Es kann jedoch vorläufig ganz dahingestellt bleiben, ob der Leichnam nicht Objekt eines dinglichen Rechts sein kann, da jedenfalls schon der Auslegung, die Tietz dem Begriff „Gegenstand" gibt, nicht beigetreten werden kann. Die von Tietz in Anlehnung an Sohm (1) gegebene Auslegung läßt sich nämlich mit dem Inhalt unseres Gesetzes nicht vereinbaren. Unser Bürgerliches Gesetzbuch bezeichnet als „Gegenstand" bald das Objekt eines dinglichen Rechts (z. B. §§ 1068, 1273 B.G.B.), bald den Gegenstand eines schuldrechtlichen Geschäfts (z. B. §§ 504, 581, 611, 631, 661 B.G.B. u. a.), bald ganz allgemein den Inhalt eines Beschlusses (§ 32 B.G.B.), und läßt durch diese unterschiedliche Deutung des Ausdrucks „Gegenstand" schon hinreichend klar erkennen, daß der Begriff „Gegenstand" auch in § 90 B.G.B. keinen genau bestimmten Inhalt hat und weit zu fassen ist; man wird daher diesem Begriff eine bestimmte technische Bedeutung nicht beilegen (2) und insbesondere auch ein Kriterium eines Gegenstandes nicht in einer Begründungsmöglichkeit dinglicher Rechte erblicken dürfen. Dies Ergebnis wird auch durch den Inhalt der Motive bekräftigt, in denen ausdrücklich anerkannt ist, daß die Sacheigenschaft eines körperlichen Dinges — und folglich auch die Eigenschaft als „Gegenstand" — von der Möglichkeit einer Rechtsbegründung an ihm unabhängig ist (3). Hinzukommt dann noch, daß aus der unvergleichbaren Stellung, die der lebende Mensch, das Rechtssubjekt, in unserem Rechtssystem einnimmt, ganz allgemeine Schlüsse oder Umkehrschlüsse nach irgendeiner Seite hin, wie Tietz glaubt, wohl kaum bezogen werden dürfen. Grundlage und Begründung der von Tietz vertretenen Anschauung sind somit unhaltbar, und es ist daher auch diese Ansicht zu verwerfen.

---

(1) Der Gegenstand, 1905, I, S. 16 ff.

(2) So die herrsch. Meinung, vor allem in ausführl. Darstellg. Binder S. 209 ff., insbesondere S. 221, Staudinger-Riezler, Vorb. II, 2 vor § 90, Planck-Strecker, Vorb. vor § 90, 1, Hedemann in Bürg. A. 31/322 ff., Enneccerus, I, 1 § 114, I, 1.

(3) Mot. III, S. 26: „Die Natur der Dinge schließt die Begründung von Rechten an allen S a c h e n aus, welche vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der tatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind."

Als bisheriges Ergebnis unserer Darlegungen kann nach alledem soviel festgestellt werden, daß es ein stichhaltiges Argument für die Behauptung, der menschliche Leichnam sei keine Sache, nicht gibt. Die meisten gegen die Sacheigenschaft des Leichnams vorgebrachten Einwendungen beruhen auf unklaren, gefühlsmäßigen Vorstellungen, die in sittlichen und religiösen Empfindungen wurzeln, und die wenigen, rechtlich beachtenswerten Bedenken haben sich, wie wir gezeigt zu haben glauben, als unbegründet erwiesen.

Man wird daher mit der durchaus herrschenden Meinung (1) anzunehmen haben, daß der menschliche Leichnam Sache im Rechtssinn ist. Der Leichnam ist „körperlicher Gegenstand", da er Körperlichkeit besitzt und der Begriff „Gegenstand", wie oben dargelegt ist, ganz allgemein zu fassen ist. Da der Leichnam zudem auch noch in vielen Bestimmungen Gegenstand unserer Rechtsordnung ist, so z. B. in den §§ 168, 367 St.G.B. und den Vorschriften des Eisenbahnverkehrsrechts (2), ist seine Gegenständlichkeit und Sacheigenschaft für einwandfrei erwiesen zu halten.

3. Die Erben sind Eigentümer des Leichnams und als solche Träger des Totenfürsorgerechts.

Wenn man nun zugrundelegt, daß der Leichnam Sache im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, so ist damit klargestellt, daß die Möglichkeit eines Eigentumsrechts am Leichnam, eben weil es sich um eine Sache handelt, grundsätzlich gegeben ist. Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob und aus welchem Grunde sich auch tatsächlich die Annahme rechtfertigen läßt, daß der Leichnam im Eigentum der Erben steht. An ausdrücklichen Vorschriften, aus denen sich dies Ergebnis unmittelbar herleiten läßt, fehlt es aus den zu Eingang erörterten Gesichtspunkten, und man wird daher bei der anzustellenden Untersuchung aus Sinn und Zusammenhang des Gesetzes unter Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit und Richtigkeit des Ergebnisses eine Entscheidung treffen müssen.

(1) So u. a. Enneccerus, I,1 § 114, I,1, Leonhard, Erbrecht, zu § 1968, IV, Staudinger-Riezler, Vorb. 3a § 90, Planck-Strecker, Vorb. 2a § 90, Oertmann, Komm. zu § 90, Anm. 6 e, und in L. Z. 25/513 ff., Hegemann S. 27, Klusemann S. 41, v. Dassel S. 411.

(2) Vergl. Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. 10. 99.

In Literatur und Rechtsprechung wird überwiegend die Auffassung (1) vertreten, daß der Leichnam eine herrenlose Sache ist und nicht im Eigentum der Erben steht. Bei Begründung dieser Ansicht geht man insofern in umgekehrter Richtung vor, als man mit den verschiedensten Argumenten die angebliche Unmöglichkeit eines Erbeneigentums darzutun sucht, um hieraus auf eine Herrenlosigkeit des Leichnams zu schließen.

In erster Linie wird von sehr vielen Schriftstellern der Standpunkt vertreten (2), daß die Annahme eines Eigentums am Leichnam mit unserem sittlichen Empfinden nicht vereinbar sei. Mit den Geboten der Sitte und Pietät stehe es in Widerspruch, wolle man die tote Hülle des Verstorbenen in das Eigentum der Erben fallen lassen und ihnen hiermit das umfassendste Herrschaftsrecht am Leichnam zusprechen, das man an einer Sache haben kann. Auch schließe ein seit Jahrtausenden bestehendes Gewohnheitsrecht ein Eigentum am Leichnam aus, dem der uralte Gedanke zugrunde liege, daß „der Tote den ewigen Mächten gehöre, von denen er lebend hergekommen sei, und die ihn nun wieder allein in Anspruch nehmen (3)".

Gegen eine solche Beweisführung muß jedoch eingewandt werden, daß nicht ersichtlich ist, wie die Verwendung des Eigentumsbegriffs unsittlich sein kann. Sittenwidrig können doch höchstens, wie Bauer (4) zutreffend bemerkt, die daraus zu ziehenden „Resultate" sein, und die Resultate der Eigentumstheorie, die zudem mit denen der gegnerischen Auffassung übereinstimmen, stehen mit den guten Sitten durchaus in Einklang. Die Rechtsmacht am Leichnam ist durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts, insbesondere durch den Bestattungszwang, sowie durch die privatrechtliche Vorschrift des § 138 B.G.B. so eingeengt, daß nicht viel mehr übrig bleibt als die Befugnis, über den Leichnam „zum Zwecke angemessener Bestattung zu verfügen und Einwirkungen Unbefugter von ihm auszuschließen (5)"; diese Wirkungen einer gleichwie gearteten Rechts-

(1) So Planck-Strecker, Vorb. 2a zu § 90, Enneccerus, I, 1 § 114 I, 1, Dernburg, III zu § 2, V, v. Schwerin, S. 662, Lassaly, S. 178, Hellmann, S. 34, v. Dassel S. 410, Hegemann S. 30, früher auch Leonhard a. a. O. zu § 1968, IV.

(2) So u. a. Planck-Strecker, zu § 90, Bem. 2a, v. Blume S. 376, Johnsen S. 68, Völckers S. 251, Pick S. 14; ebenso auch L. G. Bonn in J. W. 28/2294.

(3) Johnsen S. 68.

(4) S. 24.

(5) Vergl. v. Blume S. 379.

macht sind aber nicht nur nicht sittenwidrig, sondern erwünscht und geboten.

Sodann übersieht man auch bei dieser Argumentation, daß die Gebote der Sitte das Recht nur insoweit beeinflussen können, als sie von der Rechtsordnung als rechtlich bindend anerkannt sind. Als einschlägiger Rechtssatz kann höchstens § 138 B.G.B. in Frage kommen, und diese Vorschrift führt doch nur die Ungültigkeit solcher Sachenrechte herbei, die durch Rechtsgeschäft begründet werden; eine allgemeine Nichtigkeit dinglicher Rechte ohne Rücksicht darauf, ob diese durch Gesetz oder Vertrag entstehen, läßt sich aus dieser Bestimmung nicht herleiten (1).

Ein Gewohnheitsrecht, das generell ein Eigentum am Leichnam ausschließen kann, ist ferner auch nicht anzuerkennen. Aus der historischen Rechtsentwicklung ist für ein solches Gewohnheitsrecht nichts zu entnehmen, da sich das Recht aller Völker darüber ausgeschwiegen hat (2), ob ein Eigentum am Leichnam möglich ist. Bei dem Fehlen gerichtlicher Entscheidungen gerade über diese Frage und dem Schwanken wissenschaftlicher Lehrmeinungen kann sodann von einer „im ganzen gleichförmigen Uebung" (3), der ersten Voraussetzung eines Gewohnheitsrechts, nicht die Rede sein. Daß schließlich ein Gewohnheitsrecht, durch das eine Eigentumsmöglichkeit am Leichnam schlechthin ausgeschlossen ist, nicht existiert, ergibt sich unwiderleglich auch daraus, daß selbst nach Ansicht der Verfechter der Gegenmeinung Anatomien Eigentum an Leichen haben können (4).

Als weiteres Argument wird von der herrschenden Lehre angeführt, daß der Leichnam in sehr beschränktem Umfang irgendwelchen Verfügungen unterliege. Er könne weder veräußert, gepfändet, noch verpfändet werden und unterliege zudem der Bestattungspflicht, eine solche beschränkte Rechtsmacht, die dem Berechtigten gar keinen Vorteil bringe (5), könne man aber nicht als Eigentum bezeichnen (6).

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es ein völlig unbeschränktes Herrschaftsrecht über eine Sache überhaupt nicht

---

(1) Vergl. Tietz S. 15.
(2) Vergl. Hegemann S. 1 ff., Johnsen S. 9 ff.
(3) Enneccerus I, 1 § 36 I, 1.
(4) So z. B. Merkel, Leichenraub S. 23, Binding I, S. 185; ebenso auch Johnsen S. 69, Cosack I, § 57, II, Hegemann S. 44.
(5) Dies Moment hat erstmalig v. Blume S. 377, betont.
(6) So Planck-Strecker, Vorb. 2a zu § 90, Enneccerus, I, 1 § 114 I, 1, Pick S. 15, v. Blume S. 377, Tietz S. 16, Hennne S. 19, 20 u. a.

gibt, daß vielmehr das Eigentumsrecht an einer jeden Sache teils aus rechtlichen, teils aus tatsächlichen Gründen mehr oder weniger eingeschränkt ist; ob diese Schranken nur geringfügiger Natur sind, oder ob die Rechtsmacht der Berechtigten derart eingeschränkt ist, daß für eine Betätigung des Eigentums kaum Platz bleibt, hat für das grundsätzliche Bestehen eines Eigentumsrechts nichts zu bedeuten.

Ebenso kann es im Gegensatz zu der Ansicht von v, Blume einen entscheidenden Unterschied nicht begründen, ob das Eigentum an einer Sache dem Berechtigten Vorteil bringt oder nicht. Wäre dies der Fall, so müßte man ja, wie Oertmann treffend ausführt (1), das Eigentum an allen außerhalb des Rechtsverkehrs stehenden Sachen, insbesondere an Sachen im Gemeingebrauch, öffentlichen Wegen, Plätzen usw., leugnen, an denen aber nach heute wohl allgemeiner Auffassung ein Eigentum möglich ist; denn auch bei ihnen tritt möglicherweise der Vorteil des Eigentümers so sehr zurück, daß während der Dauer des Gemeingebrauchs dem Berechtigten wirtschaftlich kein anderes Ergebnis bleibt, als die Verpflichtung, die Unterhaltungskosten tragen zu müssen. Wenn Pick (2) demgegenüber darauf hinweist, daß über öffentliche Sachen im allgemeinen nur solche Verfügungen unzulässig seien, die diese ihrer Zweckbestimmung entfremden, und der Eigentümer vor allem beliebig über eine solche Sache verfügen könne, wenn diese ihren Charakter als öffentliche Sache verloren habe, so ist das theoretisch gesehen richtig. Es müßte aber nun noch aufgezeigt werden, welche wirtschaftlich vorteilbringenden Geschäfte der Eigentümer einer öffentlichen Sache während der Dauer des Gemeingebrauchs machen kann, und welche Vorteile sich für den einzelnen aus dem Eigentumsrecht an einer solchen Sache ergeben, die vielleicht jahrhundertelang fortdauernd ihrem öffentlichen Zweck gewidmet ist.

Zudem ist die Behauptung, daß das Eigentum am Leichnam dem Berechtigten keinerlei Vorteile bringt, wie Oertmann (3) mit Recht betont, durchaus unzutreffend. Wenn es auch den Berechtigten in der Regel unmöglich ist, selbständig Dritten gegenüber Verfügungen über den Leichnam zu treffen, so zeigt sich doch der wirtschaftliche Vorteil des Rechts am Leichnam klar darin, daß die Träger dieses Rechts berechtigt und verpflichtet sind, die wirksamen „Vorausverfügungen" des Erblassers über

(1) in L. Z. 25/513.
(2) S. 15.
(3) im L. Z. 25/513.

seinen Leichnam zu erfüllen. Sie können wirksame Veräußerungsverträge — daß es solche gibt, wird unten noch darzulegen sein — durch Uebergabe des Leichnams an Dritte, insbesondere Anatomien, erfüllen und hiermit Schadensersatz- und Rückforderungsansprüche hintanhalten, nötigenfalls können sie auch den vereinbarten Kaufpreis einklagen. Ein weiterer wirtschaftlicher Vorteil kann den Berechtigten bei Entwendung künstlicher Bestandteile des Leichnams erwachsen; richtiger Ansicht nach (1) muß man nämlich annehmen, daß alle mit dem menschlichen Körper verbundenen Ersatzteile, z. B. Goldplomben, silberne Rippen usw., wie bis zum Tode Teile des Menschen, so jetzt Bestandteile der Leiche sind. Bei Eingriffen Unbefugter erlangen die Erben daher auch aus diesem Gesichtspunkt Ansprüche auf Herausgabe und evtl. auf Schadensersatz, die wirtschaftlich durchaus wertvoll sein können (2).

Gegen die Annahme eines Eigentums am Leichnam wird endlich noch geltend gemacht, daß eine solche Annahme in Widerspruch zum Gesetz selbst (§ 168 St.G.B.) stehe (3). Die Vorschrift des § 168, die die unbefugte Wegnahme einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person unter Strafe stellt, sei überflüssig, wenn man eine Leiche als „fremde Sache" ansehe, da ja in diesem Fall die Entwendung einer Leiche schon aus § 242 oder § 246 St.G.B. bestraft werden könnte. Auch entspreche die Möglichkeit, die Fortnahme einer Leiche als Diebstahl oder Unterschlagung bestrafen zu können, nicht dem Willen des Gesetzgebers, wie aus den Motiven zum alten preußischen Strafgesetzbuch hervorgehe (4), aus dem § 168 St.G.B. übernommen worden sei.

Diese Begründung ist jedoch schon deshalb nicht zutreffend, weil die angezogene Strafnorm, wie schon erwähnt, dem Schutz des Pietätsgefühls der Ueberlebenden dient und daher, eben der Unterschiedlichkeit des Rechtsschutzobjekts wegen, sehr wohl neben einem das Eigentum schützenden Rechtssatz Geltung haben kann (5). Daß ferner bei Entstehen des alten preußischen Strafgesetzbuchs angenommen worden ist, daß der Leichnam nicht im Eigentum der Erben steht, ist vorliegend auch ohne Bedeutung. Zunächst ist nämlich ausweislich der Gesetzesmate-

(1) So Tietz S. 62, Klusemann S. 38, Tobias in Ziv. A. 94/384 u. a.
(2) in L. Z. 25/513.
(3) So Tietz S. 17.
(4) Goltd. Mat. II, S. 270, 271:
(5) So treffend z. B. Bohne S. 144.

rialien (1) diese Ansicht erst nach längeren Kontroversen als Meinung der Mehrheit zugrunde gelegt worden, also ein einheitlicher „Wille des Gesetzgebers" gar nicht vorhanden gewesen. Vor allem kann aber auch der wirkliche Wille des Gesetzgebers, der nebenbei eine Vorstellung sämtlicher Abgeordneten über den Inhalt der einzelnen Vorschriften zur Voraussetzung hat (2) und daher wohl nur selten als existent angenommen werden darf, nur dann von maßgebender Bedeutung sein, wenn er historisch zum Ausdruck gekommen ist; dies ist aber weder im alten preußischen Strafgesetzbuch noch, wie gezeigt, in unserem Strafgesetzbuch der Fall.

Die Gründe, die man gegen die Annahme eines Erbeneigentums angeführt hat, vermögen nach alledem nicht zu überzeugen und folglich die Auffassung nicht zu rechtfertigen, daß der Leichnam eine herrenlose Sache ist. Auch spricht das Resultat, das man bei Annahme der Herrenlosigkeit des Leichnams nicht einfach übergehen kann, daß nämlich der Leichnam möglicherweise dem freien Aneignungsrecht eines jeden Menschen ausgesetzt ist, sehr gegen die Richtigkeit der Anschauung der herrschenden Lehre. Naheliegend erscheint es daher in der Tat, anzunehmen, daß der Leichnam im Eigentum der Erben steht. Bevor diese Frage jedoch im einzelnen behandelt werden soll, ist im folgenden noch zu den Ansichten der Schriftsteller Stellung zu nehmen, die das vorerwähnte, äußerst befremdende Ergebnis der herrschenden Lehre auf einem Mittelwege in der Weise zu beseitigen versuchen, daß sie den Erben ein vorzugsweises Aneignungsrecht am Leichnam zubilligen.

Lassaly (3) gibt den Erben ein solches Recht nach Analogie der vom lebenden menschlichen Körper abgetrennten Körperteile. Ebenso wie der Mensch, so meint er, ein Recht hat, sich einzelne Teile seines Körpers anzueignen, sobald diese Sache geworden sind, so hat er auch ein solches Aneignungsrecht an seinem ganzen Körper, wenn dieser zur Sache wird. Dieses Recht könne allerdings der Berechtigte niemals selbst ausüben, sondern nur einem andern übertragen, und beim Tode des Menschen gehe es als Vermögensrecht kraft Gesetzes auf die Erben über. In diesen Gedanken Lassalys steckt der richtige Kern, auf den wir in anderem Zusammenhang noch zurückkommen werden, daß der menschliche Körper als Inbegriff sämtlicher Körperteile eine

(1) Goltd. Mat. II, S. 270, 271.
(2) So zutreffend Leonhard, Lehrbuch, S. 9.
(3) S. 182 ff.

diesen entsprechende Behandlung verdient und daß er auch in gewisser Hinsicht dem Verfügungsrecht des Menschen unterliegt. Lassaly übersieht jedoch, daß ein Aneignungsrecht des Menschen an seinem Leichnam frühestens erst mit dem Augenblick des Todes entstehen k a n n , da in diesem Augenblick der Leichnam, der Gegenstand des Aneignungsrechts, zur Entstehung gelangt, ebenso wie auch ein Aneignungsrecht des Menschen an seinen Körperteilen frühestens erst mit der Trennung dieser vom Menschenleib entstehen k a n n. Mit dem Tode hat aber der Mensch aufgehört zu sein, so daß also mangels eines Trägers auch ein Aneignungsrecht am Leichnam niemals entsteht. Aus den von Lassaly angestellten Erwägungen läßt sich ein vorzugsweises Aneignungsrecht der Erben daher nicht herleiten.

Auch Hellmann (1) und ihm folgend v. Schwerin (2) geben den Erben vorzugsweise das Recht, sich den Leichnam des Erblassers anzueignen. Ebenfalls von dem Gedanken geleitet, durch Anwendbarkeit des § 958 Abs. 2 ein freies Aneignungsrecht am Leichnam auszuschließen, glaubt man den Erben ein solches Recht unter Hinweis auf § 168 St.G.B. in Ergänzung einer Lücke des Gesetzes zusprechen zu können. Zu dieser Anschauung ist jedoch zu sagen, daß sie ein erstrebenswertes Ziel, nämlich die Unmöglichkeit einer freien Aneignung des Leichnams, auf einem ungangbaren Wege zu erreichen sucht. Aus der Bestimmung des § 168 St.G.B., die doch nur der Wegnahme eines Leichnams aus dem Gewahrsam des Berechtigten Bestrafung androht, läßt sich nicht auf ein Aneignungsverbot schließen, aus dem sich ein vorzugsweises Aneignungsrecht der Erben ergeben könnte; sicher ergibt sich kein allgemeines Aneignungsverbot von Leichen aus dieser Strafnorm, da alle Leichen, die in niemandes Gewahrsam stehen, wie z. B. die Leichen von Landstreichern und Schiffbrüchigen, von dieser Vorschrift nicht erfaßt werden. Im Wege einer analogen Rechtsanwendung läßt sich die Annahme eines vorzugsweisen Aneignungsrechts der Erben am Leichnam sodann auch nicht rechtfertigen, mag man die Ausfüllung von Gesetzeslücken durch analoge Rechtsanwendung im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Fortbildung und Anpassung des Rechts für zulässig (3), oder mag man einzig und allein eine freiere Auslegung für statthaft (4) halten; ein Recht, das einem solchen An-

(1) S. 34.
(2) S. 664, 665.
(3) So die herrsch. Meinung unter Berufung auf Prot. I, S. 14 (Mugdan S. 568); cf. Enneccerus, I, 1 zu § 53, II, 3, v. Tuhr, I, S. 40/41.
(4) So Leonhard, Lehrbuch, S. 10.

eignungsrecht der Erben irgendwie verwandt ist, kennen wir nämlich nicht, und eine freie Rechtsergänzung und Rechtsfindung läßt sich jedenfalls mit unserer Rechtsordnung in keiner Weise vereinbaren.

Damit sind auch die Meinungen erledigt, die den Erben ein vorzugsweises Aneignungsrecht am Leichnam zuerkennen. Sie sind insofern fortschrittlich und begrüßenswert, als sie die Notwendigkeit eines absoluten Rechts am Leichnam in gleicher Weise erkennen lassen wie die Tatsache, daß gegen die Annahme eines Erbeneigentums grundsätzlich keine Bedenken bestehen. Es wird daher im folgenden Gegenstand unserer Prüfung sein müssen, ob der Leichnam tatsächlich im Eigentum der Erben steht.

Die Annahme, daß der Leichnam mit dem Augenblick des Todes des Erblassers Eigentum der Erben wird, wird nur von einigen wenigen Schriftstellern vertreten (1). Man stützt sich bei Begründung dieser Anschauung auf eine Reihe positiver Gesetzesvorschriften, so die §§ 1922, 1968 B.G.B., sowie insbesondere auf die Erwägung, daß ohne die Annahme eines solchen Eigentums eine privatrechtliche Bekämpfung von Eingriffen Unbefugter an Leichen unmöglich sei und ferner auch die zu Lebzeiten des Verstorbenen getroffenen Verfügungen über seinen Leichnam bei anderer Annahme schwerlich durchgeführt werden können. Wir werden Aufschluß darüber zu geben haben, ob diese Gründe, deren Erheblichkeit stark angefochten worden ist, die Annahme eines Erbeneigentums am Leichnam rechtfertigen und ob evtl. noch andere Momente angezogen werden können und müssen.

Die Vorschrift des § 1922 B.G.B. muß zunächst als gewichtiges Argument für die Eigentumstheorie angesehen werden. Aus wörtlicher Auslegung dieser Bestimmung ist zwar, wie vielfach von der Gegenseite mit Recht geltend gemacht wird (2), nichts für das Eigentum der Erben am Leichnam zu entnehmen, da nach § 1922 B.G.B. nur das zur Zeit des Todes vorhandene Vermögen auf die Erben übergeht, und der Leichnam erst mit dem Tode entsteht. Bei sinngemäßer Auslegung ergibt sich jedoch aus dieser Vorschrift, daß die Erben in die gesamte Rechts- und Vermögensstellung des Verstorbenen und somit

(1) So vor allem von Oertmann, Vorb. 6 e v. § 90 und in L. Z. 25/511 ff., Leonhard, a. a. O., S. 223, Sandheim, S. 43, Bekker, I, S. 331, Beil. I, b, Landsberg, I, S. 140.

(2) So z. B. Staudinger-Riezler, 3a zu § 90, Völckers, S. 250, Josef in Bay. Z. 05/123, v. Dassel, S. 411, Pick, S. 16 u. a.

auch zu seinem Leichnam in Beziehungen treten, die dem Verhältnis des lebenden Menschen zu seinem Körper entsprechen. Der lebende Mensch kann nun an seinem Körper seiner untrennbaren und unverlierbaren leiblichen Verbundenheit wegen kein Eigentum haben, wie oben dargelegt ist. Er kann es nicht, weil ihm sein Körper nicht etwa weiter, sondern bedeutend näher steht als die ihm gehörenden Sachen. Wenn die Intensität zwischen Mensch und Körper, etwa durch Abtrennung eines Körperteiles, zu Lebzeiten gelöst worden ist, so wird der Mensch richtiger Ansicht nach (1) Eigentümer der abgelösten Teile. Er hat das Eigentum, da das Verhältnis zwischen Mensch und Körper enger ist als das Verhältnis zwischen Mensch und Eigentum, und der Mench zudem auch, wollte man nur ein Aneignungsrecht annehmen (2), privatrechtlich oft sehr schutzlos wäre, in analoger Anwendung des § 953 B.G.B. erworben. Wenn aber die von der Persönlichkeit bei Lebzeiten getrennten Körperteile Eigentum des Menschen werden, liegt da nicht die Annahme nahe, daß dann, wenn sich gleichsam der ganze Körper von der Persönlichkeit löst, der Leichnam ins Eigentum der Gesamtrechtsnachfolger des Verstorbenen (§ 1922 B.G.B.), der Erben, fällt?

Auch die Bestimmung des § 1968 B.G.B., die den Erben die Verpflichtung auferlegt, die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers zu tragen, läßt sich für die Annahme eines Erbeneigentums ins Feld führen: erscheint es doch als billiges Korrelat dieser Verpflichtung, den Erben in irgendeiner Richtung ein Recht am Leichnam, insbesondere ein Eigentumsrecht, zuzuerkennen. Dieser Gedanke wird vielfach auch von der Gegenseite aufgegriffen, jedoch nur dazu verwandt, ein Bestimmungsrecht über die Bestattung zu begründen (3) — jedenfalls auch ein Beweis dafür, daß es angemessen und geboten erscheint, den Erben als Ausgleich ihrer Verpflichtung aus § 1968 B.G.B. ein Recht am Leichnam zu geben.

Von Blume (4) meint, die konsequente Durchführung des Satzes, daß der Beerdigungskostenpflichtige auch ein Bestim-

(1) So Enneccerus I, 1 § 114 I, 1 Anm. 4, Oertmann zu § 90, 6 e, Kramer S. 17, 18, Hellmann S. 34, Klusemann S. 36, 37.

(2) So Lassally S. 181, 182, Staudinger-Riezler, 3 a zu § 90, v. Schwerin S. 656, Gareis S. 62 ff., insbesondere S. 90, Schultheis S. 32, v. Alvensleben S. 29 ff.

(3) Staudinger-Riezler, 3 a zu § 90, Staudinger-Herzfelder zu § 1922, IV 2 d, Warneyer zu § 1968 II, R. G. 12/288; im Ergebnis ebenso Planck-Strohal zu § 1968, 5 b, früher auch Leonhard, zu § 1968, IV.

(4) S. 374.

mungsrecht über die Art und Weise der Bestattung habe, werde notwendig dazu führen, auch dem unehelichen Vater (§ 1713, Abs. 2) und dem Mörder (§ 844, Abs. 1) ein solches Bestimmungsrecht zu geben. Aber das beweist nichts gegen die Tatsache, daß obengenannte Vorschrift n e b e n anderen Momenten durchaus geeignet ist, die Annahme zu stützen, daß die Erben berechtigt sind, im einzelnen über die Bestattung Bestimmungen zu treffen, und daß die Erben auch Eigentümer des Leichnams sind.

Der Behauptung von Tietz (1), daß die durch § 1968 B.G.B. den Erben auferlegte Verpflichtung allein schon durch die vermögensrechtlichen Vorteile der Erbschaft wettgemacht wird, kann ebenso nicht zugestimmt werden. Gerade unsere heutige Zeit zeigt doch mit nicht zu verkennender Deutlichkeit, daß es sehr viele Menschen gibt, die völlig überschuldet aus dem Leben scheiden, so daß von einem Aequivalent keine Rede sein kann. Den Erben aber vor die Alternative zu stellen, entweder die Beerdigungskosten ohne Ausgleich zu tragen oder sich der Kostentragungspflicht durch Erbausschlagung zu entziehen, dürfte im Hinblick darauf nicht angängig sein, daß mit der Pflicht ja auch zugleich das Recht dahin sein würde und an der Wahrnehmung dieses Rechts am Leichnam dem Erben möglicherweise sehr viel gelegen ist.

Weiterhin wird von den Verfechtern der Eigentumstheorie, insbesondere von Oertmann, darauf hingewiesen, daß die Annahme eines Eigentums am Leichnam privatrechtlich eine Möglichkeit schaffe, den Zugriffen Dritter wirksam zu begegnen. Dies Argument muß in der Tat als äußerst schwerwiegend bezeichnet werden, da die Notwendigkeit einer absoluten, Dritten gegenüber wirkenden Rechtsmacht am Leichnam wohl nicht zu bezweifeln ist und von den Vertretern der Gegenauffassung auch unumwunden zugegeben wird (2). Wenn es auch keine Alltagserscheinung ist, so kommt es doch nicht ganz selten vor, daß der Leichnam und insbesondere auch Leichenteile, wie z. B. Goldplomben, widerrechtlich entwendet werden; der durch unser geltendes Strafrecht in solchen Fällen gewährte Schutz reicht offensichtlich nicht aus, da die fraglichen Vorschriften (§§ 168, 367 St.G.B.), die zumeist einen Gewahrsam am Leichnam voraussetzen, nur einen Teil der möglichen Fälle erfassen, und sodann

(1) S. 19.
(2) Vergl. v. Blume, S. 396 ff., Bauer, S. 26.

auch privatrechtlich durch diese Bestimmungen nichts gewonnen ist.

Man kann gegen diese einleuchtende Argumentation lediglich einwenden, daß das Privatrecht auch ohne die Annahme eines Erbeneigentums am Leichnam einen zu demselben Ziel führenden Weg zeigt.

Diese Behauptung wird in der Tat von der herrschenden Lehre aufgestellt, und zwar nimmt man an, daß unsere Rechtsordnung ein allgemeines, gewohnheitsrechtliches Familienrecht der Totenfürsorge kennt, das ausschließlichen Charakter habe. Wenn wir uns mit dieser Lehre auch im einzelnen erst unten auseinandersetzen wollen, so sei doch hier soviel bemerkt, daß das Bestehen eines solchen Ausschlußrechts an einer Sache angesichts der geschlossenen Zahl unserer dinglichen Rechte sehr problematisch erscheint (1). Richtig ist zwar, daß unser Recht außer den Sachenrechten noch andere Rechte mit ausschließlicher Wirkung kennt, man denke nur an die sog. Immaterialgüterrechte, sowie an die Beziehungen, die das Familienrecht an dem Körper eines anderen begründet (cf. § 1632). An Sachen — und eine solche stellt der Leichnam auch nach der herrschenden Lehre dar — können jedoch als allwirksame Rechte nur dingliche Rechte bestehen, und ein solches Recht ist auf Grund einer gewohnheitsrechtlichen Rechtsbildung nicht nachzuweisen, wie unten noch zu zeigen sein wird.

Auch mit einer anderen Erwägung hat man versucht, den Beweis dafür zu erbringen, daß ohne die Annahme eines Erbeneigentums am Leichnam eine juristische Grundlage für ein privatrechtliches Vorgehen gegen Dritte gegeben sei. So räumen v. Schwerin (2), Klusemann (3), Hegemann (4) u. a. (5) den Erben bzw. den nächsten Angehörigen ein Besitzrecht am Leichnam ein, das die Befugnis umfasse, den Leichnam von Dritten herauszuverlangen und unstatthafte Eingriffe Dritter abzuwehren. Man leitet dieses Recht aus § 168 St.G.B. her, der ein Recht gewisser Personen auf Gewahrsam anerkenne, und an einer Gleichstellung von Besitz und Gewahrsam in diesem Falle, wie man meint, nicht zu zweifeln sei. Gegen diese Ansicht ist jedoch geltend zu machen, daß § 168 St.G.B. lediglich dem Gewahrsam

(1) Vergl. Oertmann in L. Z. 25/514.
(2) S. 667.
(3) S. 44.
(4) S. 34.
(5) Aehnlich Staudinger-Riezler, Bem. 3 a zu § 90.

der Berechtigten Schutz gewährt, ohne die Frage zu berühren, wer in unserem Recht Träger dieses Gewahrsamsrechts ist; nach seinem klaren Wortlaut will § 168 St.G.B. nicht den Angehörigen oder sonstigen Personen ein Gewahrsamsrecht am Leichnam verschaffen, vielmehr will er einzig und allein den Gewahrsam derjenigen schützen, denen nach anderen, allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen ein solches Gewahrsamsrecht zusteht (1). Ferner ist es auch nicht zutreffend, „Gewahrsam" und „Besitz" hier ohne weiteres zu identifizieren, da diese beiden Begriffe grundsätzlich unterschiedlichen Inhalts und streng zu scheiden sind, und ein besonderer Grund für eine Ausnahme von dieser Regel hier nicht ersichtlich ist.

Auch durch diese Erwägung kann daher das vornangestellte beachtenswerte Argument der Eigentumstheorie nicht entkräftet werden.

Man hat dann noch zur Begründung eines Erbeneigentums am Leichnam darauf hingewiesen, daß letztwillige Anordnungen über die Art und Weise der Bestattung bei anderer Annahme schwerlich durchführbar seien. Auch diesem Gesichtspunkt kann, ohne daß hier die Frage der Wirksamkeit und Durchführbarkeit letztwilliger Anordnungen solcher Art erschöpfend erörtert werden soll, eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden. Die wichtigsten Rechtsformen, die unser Recht zur Verwirklichung einschlägiger letztwilliger Bestimmungen kennt, wie z. B. Auflagen, Bedingungen für eine testamentarische Zuwendung, können sich nur auf die Erben (und Vermächtnisnehmer, die hier nicht in Betracht kommen) beziehen; ob die Erben auf Grund Eigentums am Leichnam oder ohne und außerhalb eines solchen Eigentums bestattungsberechtigt sind, ist hier allerdings unerheblich, da nur die Eigenschaft als Erbe eine Rolle spielt. Auf die „Hinterbliebenen", denen nach der herrschenden Lehre das Fürsorgerecht für den Leichnam zusteht, können diese Rechtsformen jedenfalls keine Anwendung finden, wenngleich auch zu betonen ist, daß praktisch dieser Unterschied infolge der vielfach vorliegenden Identität zwischen Erben und „Hinterbliebenen" oft nicht in die Erscheinung tritt, und andere Durchsetzungsmöglichkeiten letztwilliger Anordnungen, z. B. die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, auch mit Wirkung gegen die „Hinterbliebenen" offen stehen. Mit Einschränkung spricht

(1) Vergl. Ebermayer u. Gen., RStGB., 4. Aufl., zu § 168, 3, Olshausen, Komm. I, 11. Aufl., zu § 168, 4, Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aufl., zu § 168, I, Crusen, S. 46 ff., Henne, S. 17 u. a.

daher auch dieser Gedanke der Verfechter der Eigentumstheorie für die Richtigkeit der Ansicht, daß die Erben Träger des Bestattungsrechts und Eigentümer des Leichnams sind.

Die Annahme, daß der Leichnam Eigentum der Erben ist, wird ferner noch durch die Tatsache bekräftigt, daß Aneignungen des Leichnams rechtlich unmöglich sind. Dieses Aneignungsverbot, dessen Bestehen oben dahingestellt gelassen worden ist, ist das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung; es findet seine Erklärung in der überall, bei allen Völkern zu beobachtenden Gewohnheit, den menschlichen Leichnam auf würdige Art und Weise zur letzten Ruhestätte zu betten, wo ihn zu stören niemand ein Recht hat. Da die Rechtsverhältnisse an Leichen sodann von jeher stark durch öffentlich-rechtliche Vorschriften beeinflußt worden sind, wie zu Eingang schon erwähnt, und unsere Rechtsordnung auch Gewohnheitsrecht öffentlich-rechtlicher Natur anerkennt, wird man wohl mit Johnsen (1) und Bohne (2) ein Aneignungsverbot an Leichen als ungeschriebenen Grundsatz des öffentlichen Rechts ansehen müssen, der durch den bestehenden Bestattungszwang sowie die Vorschriften der §§ 168, 367 St.G.B. bestätigt wird.

Unrichtig ist es jedoch, dieses Aneignungsverbot ohne Rücksicht auf die geschilderte, gewohnheitsrechtliche Entwicklung allein auf die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs oder den Bestattungszwang stützen zu wollen. Die Pflicht zur Bestattung des Leichnams schließt es entgegen der Ansicht vieler (3) nicht aus, daß bis zur Bestattung eine Aneignung möglich ist (4), und die Vorschriften des Strafgesetzbuchs, insbesondere § 168, erfassen, wie schon mehrfach betont, nur einen Teil aller möglichen Fälle.

Für die Richtigkeit der Eigentumstheorie ist endlich noch anzuführen, daß die Gegenanschauung bei Abgrenzung ihrer Reichweite auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Man nimmt nämlich auch auf der Gegenseite an, daß der Leichnam, der nach und nach seine Eigenschaft als Leichnam verliere, mit einem bestimmten Augenblick Eigentum der bisher Bestimmungsberechtigten werde; dieser Eigentumsübergang erfolge dann, wenn der Leichnam äußerlich nicht mehr als Hülle einer vergangenen Persönlichkeit erscheine, und so Pietätsempfindungen nicht mehr in

(1) S. 68.
(2) S. 148.
(3) Klusemann, S. 43, Enneccerus, I, 1, § 114, I, 1, Josef, Bay. Z. 05/124.
(4) So zutreffend v. Schwerin, S. 664, Johnsen, S. 65.

Betracht kommen. In diesem Augenblick „verdichte" sich das beschränkte Bestimmungsrecht der zunächst Berechtigten zu vollem Eigentum am Leichnam (1). Die Unsicherheit und Unbestimmtheit der Abgrenzung einer solchen Anschauung tritt klar zutage, wenn man sich vor Augen hält, daß die Beurteilung und Anschauung der Menschen von äußeren Tatbeständen immer unterschiedlich sein wird. Es wird somit nach der herrschenden Lehre, da es nur subjektive, nicht aber untrügliche äußere Merkmale für die Bestimmung eines „Leichnams" in diesem Sinne gibt, und eine klare Grenzziehung zwischen Leichnam und Skelett unmöglich ist, letzten Endes die subjektive Anschauung des einzelnen darüber entscheiden, ob es sich um eine herrenlose oder um eine im Eigentum der Angehörigen bzw. der Erben stehende Sache handelt. In dieser Unklarheit und Unsicherheit der Umgrenzung der gegnerischen Lehre, deren Beweisführung auch insofern unhaltbar ist, als sie einen Eigentumserwerb lediglich auf Grund der natürlichen Veränderung einer Sache ohne irgendeinen anderen, rechtlich erheblichen Vorgang eintreten läßt, muß ein weiteres Argument für die Richtigkeit der Eigentumstheorie erblickt werden.

Nach alledem werden wir uns, da die angezogenen Gründe in der Tat stichhaltig erscheinen, im Streit der Meinungen der Ansicht der Minderheit anschließen müssen, die den Leichnam mit dem Augenblick des Todes zum Eigentum der Erben werden läßt. Im Anschluß an den Ausgangspunkt unserer Darlegungen wird aus dem Erbeneigentum am Leichnam dann auch die Folgerung zu ziehen sein, daß die Erben Träger des Totenfürsorgerechts sind. Auf Grund Eigentums, und nicht, wie man vielfach angenommen hat (2), außerhalb eines solchen Eigentums, steht den Erben somit das Recht der Fürsorge für den Leichnam zu — ein Ergebnis, das eine klare und daher begrüßenswerte Rechtslage schafft, zugleich aber auch billig und befriedigend erscheint.

Man hat letzteres oft mit der Erwägung zu bezweifeln versucht, daß häufig eine dritte, außerhalb der Familie stehende Person, insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen, kraft letztwilliger Verfügung oder durch Erbausschlagung der zunächst berufenen Person Erbe werde; in einem solchen Falle könne man

(1) So u. a. Tietz, S. 30/31, Josef, Gruch. B. 65/314.
(2) So Planck-Strecker, 2 a zu § 90, Staudinger-Riezler, 3 a zu § 90, Soergel, zu § 1968, IV, v. Schwerin, S. 666, Rehbein, 1 a zu § 90 u. a.

aber doch nicht gut annehmen, daß dieser Fremde allein der vermögensrechtlichen Zuwendung wegen auch das Recht haben solle, über den Leichnam des Verstorbenen Bestimmungen zu treffen, da ein solches Bestimmungsrecht doch nur auf einer persönlichen Verbundenheit mit dem Erblasser beruhen könne (1).

Einer solchen Einwendung ist jedoch entgegenzuhalten, daß einmal in allen Fällen einer Erbausschlagung der Bedachte ja freiwillig auf seine Stellung als Erbe Verzicht leistet; ein Grund, ihm das Fürsorgerecht für den Leichnam zu lassen, ist um so weniger ersichtlich, als der mit der Ausschlagung bezweckte wirtschaftliche Erfolg ja ebenso durch nachträgliche Zuwendung des Erbteils ohne direkte Aufgabe der Stellung als Erbe erreicht werden kann. In allen den Fällen sodann, in denen an Stelle eines Familienangehörigen ein Dritter zum Erben eingesetzt ist, beruht diese Einsetzung wohl zumeist auf einem Zerfall des Verwandtschaftsverhältnisses innerhalb der Familie, und es erscheint daher auch hier durchaus richtig und geboten, nicht den Angehörigen, sondern dem Dritten, der dem Verstorbenen immerhin so nahe gestanden hat, daß er ihm sein ganzes Vermögen hat anheimfallen lassen, das Recht der Totenfürsorge zuzuerkennen. Ja gerade das Ergebnis der herrschenden Lehre, die den Angehörigen ohne Rücksicht auf ihre Enterbung ein Bestattungsrecht gibt, spricht schlagend für die Richtigkeit der von uns vertretenen Anschauung. Sofern aber für die Enterbung ausnahmsweise einmal andere als die vorerwähnten Gründe maßgebend gewesen sind, — man denke z. B. an einen freiwilligen „Erbverzicht" der reichen Ehefrau, in der Absicht, den Geschwistern alles zukommen zu lassen — wird der Erblasser, wenn er seinen nächsten Angehörigen das Bestimmungsrecht über seinen Leichnam lassen will, dies schon hinreichend klar in seiner letztwilligen Anordnung zum Ausdruck bringen; da solche letztwilligen Bestimmungen rechtsverbindlich sind, wie noch zu zeigen sein wird, und bei ihrer Auslegung ferner auch im Gegensatz zu Verkehrsgeschäften der innere Wille zu erforschen ist (2), wird das Resultat auch in solchen Fällen als billig zu bezeichnen sein.

---

(1) Tietz, S. 18, Hegemann, S. 33/34, v. Blume, S. 407/408.

(2) So die herrschende Meinung, z. B. Staudinger-Herzfelder, Vorb. I, a zu § 2066, Leonhard, Lehrbuch, S. 215, Kipp, § 18, I, Dernburg in DJZ. 04/1 ff.

II. Das Recht der „Hinterbliebenen".

Auf einem völlig anderen Wege, der unseren Darlegungen direkt entgegengesetzt ist, sucht die herrschende Lehre (1) den Fragen des Totenrechts gerecht zu werden

Ausgehend von dem Begriff „Pietät", unter dem man die Liebe der Angehörigen zu dem Verstorbenen und die ehrfürchtige Scheu vor seinen sterblichen Ueberresten zusammenfaßt, glaubt man die Grundlage des Totenfürsorgerechts nicht im Erbrecht, das sich als Vermögensrecht darstelle, sondern im Familienrecht suchen zu müssen. Die Pietätsempfindungen der Angehörigen seien das zu schützende Interesse, nach denen sich das Recht der Totenfürsorge bestimme; auf den familienrechtlichen Beziehungen, in denen der Verstorbene zu den Hinterbliebenen gestanden habe und die durch den Tod nicht zerrissen seien, beruhe das Recht und die Pflicht der Fürsorge für den Leichnam. Als Rechtsquelle für dieses, den „Hinterbliebenen" zustehende Recht, das man für wesensverwandt mit den familienrechtlichen Fürsorgepflichten hält, sieht man das Gewohnheitsrecht an, dem allgemeine Volksanschauung, Sitte und Herkommen sowie auch einige Landesgesetze (§§ 455, 456, 460 II 11 Pr.A.L.R.) zur Existenz verholfen haben. Nach Gewohnheitsrecht bestimme sich auch der Inhalt dieses Rechts, das sich als absolutes Recht familienrechtlicher Natur darstelle und dem Berechtigten auch analog § 1632 B.G.B. einen der Vollstreckung fähigen absoluten Herausgabeanspruch gewähre.

Es ist nicht zu verkennen, daß dem Gedankengang der herrschenden Lehre etwas Bestechendes anhaftet. Die familienrechtliche Grundlage, die man diesem Fürsorgerecht der Hinterbliebenen gibt, und die man innerlich auf die Pietätsempfindungen der Ueberlebenden gründet, berührt sehr sympathisch, kann es doch heute ebenso wie früher als allgemeine Volksüberzeugung gelten, daß der Tod nur körperliche Verbundenheit, nicht aber auch das Zusammengehörigkeitsgefühl, das die Lebenden mit dem Toten verbindet, zerreißen und vernichten kann. Gleichwohl kann diese überwiegend vertretene Ansicht, wenn sie auch der Sitte und dem allgemeinen Volksempfinden zu entsprechen scheint, nach unserer Rechtsordnung als Recht nicht anerkannt werden, wie im folgenden darzulegen sein wird.

(1) So v. Blume, S. 376 ff., Josef in Gruch. B. 65/305, Kipp, § 1, II, Tietz, S. 20, Völckers, S. 251. Bauer, S. 14, Soergel, Bem. 4 zu § 1968, Pfäfflin, S. 16 ff. u. a.

Die Ansicht, daß den „Hinterbliebenen" ein Recht der Fürsorge für den Leichnam zustehe, wird von ihren Vertretern auf ein Gewohnheistrecht gestützt, das schon vor Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches bestanden habe (1). Es kann hier die Frage, wie es mit der Fortgeltung gewohnheitsrechtlicher Vorschriften nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestellt ist (2), auf sich beruhen bleiben, da jedenfalls im konkreten Fall ein solches Gewohnheitsrecht nicht besteht. Aus der Existenz der §§ 455 ff. II 11 Pr.A.L.R. allein kann ein solches Recht nicht hergeleitet werden, da diese Bestimmungen, wie schon in anderem Zusammenhang ausgeführt, nur von dem Pfarrer und seinen Rechten, insbesondere seinen Begräbnisgebühren, reden, nicht aber ein allgemeines Bestattungsrecht festsetzen wollen; zudem sind diese Vorschriften auch nur landesrechtlicher Natur und in unser Bürgerliches Gesetzbuch nicht aufgenommen worden. Eine gewohnheitsrechtliche Bildung eines solchen Rechts der „Hinterbliebenen" ohne Rücksicht auf diese Bestimmungen ist sodann nicht anzuerkennen, zumal da es sich bei dem Fürsorgerecht für den Leichnam um ein dingliches Ausschlußrecht handelt, und im Hinblick auf die geschlossene Zahl unserer dinglichen Rechte für eine durch Uebung entstandene Rechtsbildung contra legem ein strenger Prüfungsmaßstab angelegt werden muß.

Als Voraussetzung eines gewohnheitsrechtlich entstandenen Rechtssatzes wird man wohl mit der herrschenden Meinung eine „dauernde, gleichförmige Uebung" erfordern müssen, die auf „dem Willen beruht, eine bindende Rechtsregel zu verwirklichen (3)".

Es ist vorliegend schon sehr zweifelhaft, ob man von einer dauernden gleichförmigen Uebung dahingehend sprechen kann, daß den „Hinterbliebenen" ein auf familienrechtlicher Grundlage fußendes Fürsorgerecht für den Leichnam zusteht. Als Uebungsakte, die für uns erfaßbar sind, kommen vor allem gerichtliche Entscheidungen in Betracht, und diese weichen, mögen sie aus der Zeit vor oder nach Intrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches herrühren, inhaltlich voneinander ab. Manche Erkenntnisse der ziemlich reichhaltigen Literatur sprechen zwar den

(1) Vergl. v. Blume, S. 398 ff., Josef, a. a. O., S. 305.

(2) Siehe hierzu die grundsätzlich zutreffenden Ausführungen von v. Blume, S. 398 ff.

(3) So Enneccerus, I, 1, zu § 36, I, 4; ebenso Leonhard, a. a. O., S. 10, v. Tuhr, S. 47, Dernburg, I, S. 76.

Familienangehörigen das Recht der Totenfürsorge zu (1), doch stehen diesen ebensoviele Entscheidungen gegenüber, in denen die Frage, ob die Erben oder die „Hinterbliebenen" Träger des Fürsorgerechts sind, dahingestellt gelassen wird (2), und mitunter wird sogar zum Ausdruck gebracht, daß man mehr der ersten Alternative zuneigt (3). Unter Berücksichtigung der außerordentlichen Umstrittenheit dieser Frage in der Rechtswissenschaft, zu der Stellung zu nehmen ja Zweck unserer Arbeit ist, wird sodann anzunehmen sein, daß in den meisten Fällen eine Entscheidung bewußt und gewollt unterblieben ist; wenn auch der jeweilige Sachverhalt die Möglichkeit gegeben hat — Erben und „Hinterbliebene" sind meist identisch gewesen —, eine klare Stellungnahme zu vermeiden, so offenbart sich in diesen Urteilen, eben im Hinblick auf die Unentschiedenheit der Literatur, gleichwohl die Ueberzeugung, daß die Frage nach dem Träger des Bestattungsrechts nach der einen oder anderen Seite hin nicht geklärt ist. Die Annahme einer dauernden, gleichförmigen Uebung dahingehend, daß die „Hinterbliebenen" bestattungsberechtigt sind, erscheint hiernach zummindesten äußerst zweifelhaft.

Bestimmt aber muß man sagen, daß die einzelnen Rechtsbetätigungshandlungen nicht von dem Willen getragen sind, einen bindenden Rechtssatz zu verwirklichen. Die Frage, wem das Recht der Fürsorge für den Leichnam zusteht, hat die Rechtsprechung, wie dargelegt, in sehr vielen Entscheidungen im Bewußtsein ihrer Fragwürdigkeit dahingestellt sein lassen. Weil man sich der Bestrittenheit der Materie im Schrifttum wegen auch selbst nicht von der Richtigkeit der einen oder anderen Ansicht hat überzeugen können, hat man die Frage offen gelassen. Wenn aber schon eine Ueberzeugung von der Richtigkeit irgendeiner Anschauung gefehlt hat, dann kann von einem Willen, eine bindende Rechtsregel in dem einen oder anderen Sinne zu verwirklichen, erst recht nicht die Rede sein.

Ein Gewohnheitsrecht, das als Träger des Fürsorgerechts für den Leichnam die „Hinterbliebenen" bestimmt, kann somit mangels Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen nicht anerkannt werden. Mit dieser Feststellung bleibt strenggenommen

(1) R. G. in D. J. Z. 04/265, in J. W. 31/1489; O. L. G. Naumburg in „Recht" 19/265; L. G. Berlin II v. 22. 4. 11, mitgeteilt v. Pfäfflin, S. 17 ff., L. G. Bonn in J. W. 28/2294 u. a.

(2) R. G. in J. W. 12/540, R. G. 100/172; O. L. G. Hamburg in Rechtsp. 16/262, 63, in L. Z. 20/666, K. G. in Rechtsp. 22/180, auch wohl O. L. G. Frankft. in Rechtsp. 14/248.

(3) So R. G. 12/288, R. G. in Gruch. B. 56/1009 u. in Warn. R. 1912, Nr. 218.

für eine weitere Beweisführung gegen die herrschende Meinung, die sich auf ein solches Gewohnheitsrecht stützt, kein Raum mehr. Gleichwohl soll in folgendem noch auf einige Gesichtspunkte hingewiesen werden, die die Unrichtigkeit und Unbrauchbarkeit der bekämpften Lehre vollends erweisen.

Zunächst ist hier nochmals gegen die herrschende Auffassung hervorzuheben, daß den Erben in erster Linie die Verpflichtung obliegt, die Beerdigungskosten zu tragen. Dieser Grundsatz unseres Rechts, dessen erschöpfende Darstellung oben im Zusammenhang nicht erforderlich gewesen ist, ergibt sich aus mehreren Vorschriften unseres Gesetzes, so den §§ 1968, 1615, Abs. 2, 1713, Abs. 2 B.G.B. Die beiden letztgenannten Vorschriften verdienen hier besondere Beachtung, weil aus ihnen eindeutig und klar erhellt, daß die unterhaltspflichtigen Verwandten bzw. der uneheliche Vater erst n a c h den Erben zur Tragung der Bestattungskosten verpflichtet sind — zweifellos ein starkes Argument gegen die Meinung, die den Verwandten ein Bestattungsrecht in erster Linie zubilligen will.

Weiter ist gegen die Ansicht, daß den „Hinterbliebenen" das Fürsorgerecht für den Leichnam zusteht, in der Rechtswissenschaft (1) mit Recht geltend gemacht worden, daß eine klare Umgrenzung des Kreises der „Hinterbliebenen" unmöglich ist. Die Vertreter der herrschenden Lehre geben die Unbestimmtheit ihrer Meinung in diesem Punkte auch unumwunden zu (2), ja man warnt sogar z. T. vor einer genauen und allgemein verbindlichen Abgrenzung, da man die zur Totenfürsorge berufenen Personen nicht in eine schematische Folgeordnung zwingen könne (3). Die Verfehltheit und die großen Nachteile einer solchen Anschauung treten jedoch klar zutage, wenn man sich vor Augen hält, daß eine Rechtsordnung ihrem Wesen nach eine sichere Lebensordnung allumfassender Tendenz sein soll und muß. Das Recht muß, will es sich nicht selbst aufgeben, eine generelle und bestimmte Regel für jedes Lebensverhältnis schaffen, selbst auf die Gefahr hin, daß diese Regel im Einzelfall bisweilen mit Sitte und Herkommen nicht ganz im Einklang steht. Ein Rechtssatz muß in jedem Fall, auch wenn er gewohnheitsrechtlicher Natur ist und so eine gewisse Unsicherheit notwendig mit sich bringt, eine Abgrenzung des unter ihn fallenden Tatbestandes zulassen, was hier offensichtlich unmöglich ist.

(1) So Leonhard, Erbrecht, zu § 1968, IV, Planck-Strecker, zu § 1968, 5 b.
(2) v. Blume, S. 393, Bauer, S. 15, Hegemann, S. 34 u. a.
(3) So v. Blume, S. 393, Bauer, S. 15.

Zum Teil erkennen die Vertreter der herrschenden Lehre diese erheblichen Mängel ihrer Ansicht auch als solche an.

Josef (1) sucht diese Nachteile in der Weise zu beseitigen, daß er den Kreis der „Hinterbliebenen" sich auch nach Gewohnheitsrecht bestimmen läßt. Er glaubt aus einigen Gesetzesvorschriften (§ 189,3 St.G.B., §§ 361,2, 393,2 StPO., § 22 K.Sch.G. (2) in Verbindung mit der Tatsache, daß in den bisher veröffentlichten Entscheidungen über Fragen des Totenrechts immer entweder der überlebende Ehegatte oder Eltern und Kinder des Verstorbenen ein Bestattungsrecht geltend gemacht haben, die Folgerung ziehen zu dürfen, daß diese Personen als „Hinterbliebene" kraft Gewohnheitsrechts anzusehen sind.

Ein Beweis dafür, daß in den angezogenen Gesetzesbestimmungen ein allgemeines, gewohnheitsrechtlich entstandenes Prinzip enthalten sei (3), das hier allein zum Durchbruch komme, wird jedoch kaum erbracht werden können. Auf die veröffentlichte Rechtsprechung zu dieser Frage kann Josef ferner seine Annahme auch nicht stützen, da alle ergangenen Entscheidungen nur positiv den Ehegatten, die Eltern und Kinder des Verstorbenen zu „Hinterbliebenen" erklären, in keinem Erkenntnis aber zum Ausdruck gebracht ist, daß nicht außer diesen Angehörigen noch andere, dem Verstorbenen nahestehende Personen als „Hinterbliebene" im Rechtssinn in Frage kommen. Zudem erscheint auch das Ergebnis, auf das Josefs Ansicht hinausläuft, äußerst befremdend, macht Josef doch das Bestehen eines Fürsorgerechts für den Leichnam, das doch so überwiegend altruistisch und zugleich mit einer entsprechenden Fürsorgepflicht verbunden ist, von der Lebensdauer der nächsten Verwandten abhängig.

Auch der in dieser Richtung angestellte Versuch Völckers' (4), der die Frage, wer als nächster Familienangehöriger zu gelten hat, nach der Erbfolgeordnung entscheiden will, muß als mißlungen angesehen werden. Schon das Ergebnis, daß der Ehegatte des Verstorbenen nur neben dessen Geschwistern bestattungsberechtigt ist — wir kommen, wie noch darzulegen sein wird, zu einem anderen Resultat —, kennzeichnet die Unrichtigkeit dieser Auffassung. Weiterhin ist auch gar nicht zu ersehen, warum

(1) a. a. O., S. 306.
(2) Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie v. 9. 6. 07.
(3) Dies nehmen auch Tietz, S. 20 und wohl auch Bauer, S. 15, an.
(4) S. 251.

Völckers das gesetzliche Erbfolgesystem, wenn es schon maßgebend sein soll, nur auf einem Umwege, nämlich für die Bestimmung der berechtigten Angehörigen, Platz greifen läßt, nicht aber zugleich die weitere doch so naheliegende Folgerung zieht, daß die Erbfolgeordnung direkt anwendbar ist, und die Erben Träger des Bestattungsrechts sind.

Eine zuverlässige Bestimmung des Kreises der „Hinterbliebenen" muß nach unserer Rechtsordnung folglich nach wie vor als unmöglich angesehen werden.

Gegen die herrschende Meinung ist endlich noch ins Feld zu führen, daß man bei Annahme eines Fürsorgerechts der „Hinterbliebenen" zu einem wenig befriedigenden Resultat gelangt, kommt man bei folgerichtiger Durchführung der herrschenden Lehre doch nicht daran vorbei, den Angehörigen das Bestattungsrecht auch dann zuzuerkennen, wenn sie enterbt sind. Das Unerfreuliche und Abwegige (1) dieses Ergebnisses leuchtet ohne weiteres ein, wenn man bedenkt, daß eine Enterbung zumeist auf Differenzen und Feindschaft mit dem Verstorbenen beruht, und der Erblasser dem so Enterbten wohl niemals das Recht belassen will, über die Bestattung seines Leichnams irgendwelche Bestimmungen zu treffen.

Man hat hier oft mit dem Hinweis darauf helfen wollen, daß der Erblasser in solchen Fällen wohl meistens zugleich mit der Enterbung zum Ausdruck bringen werde, daß er dem Enterbten das Bestimmungsrecht über seinen Leichnam auch entziehe (2). Dieser Gedanke mag, da der erkennbare Wille des Verstorbenen in formgerechter letztwilliger Verfügung ja berücksichtigt werden muß, in vielen Fällen zum Ziele führen, immer kann dies jedenfalls nicht gesagt werden. Bei einer Enterbung in wohlwollender Absicht erscheint uns zwar, wie wir oben schon dargelegt haben, eine entsprechende Andeutung des Erblassers sehr naheliegend, ist dieser doch vielfach bei seiner persönlichen Verbundenheit mit dem so Enterbten an der Ausübung des Fürsorgerechts geradezu durch ihn besonders interessiert. Bei einer Enterbung dagegen, wie sie normalermeise vorkommt, liegt der Gedanke, über das Bestattungsrecht Anordnungen zu treffen, ziemlich fern; den Erblasser werden bei seiner Abneigung gegen seine nächsten Verwandten zuerst und überwiegend vermögensrechtliche Fragen interessieren, und er folglich an eine Bemerkung über das Recht an seinem Leichnam nur selten denken.

(1) Vergl. Leonhard, a. a. O., zu § 1968, IV.
(2) Tietz, S. 20, 46, Bauer, S. 15.

Aus allen diesen Gründen wird die herrschende Lehre, die den „Hinterbliebenen" das Recht der Fürsorge für den Leichnam zugesteht, abzulehnen sein. Wenn wir uns auch schon deshalb dieser Ansicht nicht anschließen zu können geglaubt haben, weil ein Gewohnheitsrecht, das die „Hinterbliebenen" zu Trägern dieses Fürsorgerechts macht, nicht existiert, so ergibt sich die Unrichtigkeit und Unzweckmäßigkeit der herrschenden Ansicht auch aus den dargelegten Gesichtspunkten, die demnach einer Erörterung wohl wert gewesen sind.

III. Das Recht des Ehegatten und der elterlichen Gewalthaber.

Wenn das Ergebnis unserer bisherigen Betrachtungen, daß die Erben als Eigentümer des Leichnams Träger des Totenfürsorgerechts sind, auch im ganzen gesehen als billig und befriedigend zu bezeichnen ist, so scheinen doch einige Folgerungen noch einer Modifizierung zu bedürfen, man denke nur z. B. daran, daß nach dem bisher Gesagten der Ehegatte des Verstorbenen nicht allein, sondern nur als Miterbe neben den Geschwistern oder Eltern über die Bestattung zu bestimmen berechtigt wäre. Auch die allgemeine Volksanschauung, Sitte und Herkommen sprechen, wie wir schon angedeutet haben, bestimmten Angehörigen ohne Rücksicht auf ihre Erbeneigenschaft ein alleiniges Bestattungsrecht zu. Es fragt sich daher und wird Gegenstand unserer Prüfung sein müssen, ob und inwieweit unser Recht diesen Volksempfindungen Rechnung getragen und den nächsten Verwandten, auch wenn sie nicht Erben sind, ein Fürsorgerecht für den Leichnam zuerkannt hat.

Dem überlebenden Ehegatten gebührt zunächst nach allgemeiner Meinung das Recht der Fürsorge für den Leichnam in erster Linie. Das familienrechtliche Band der Ehe ist einem jeden ungeachtet seiner grundsätzlichen Einstellung stark genug, dem überlebenden Teil ein alleiniges Fürsorgerecht für den Leichnam zu gewähren (1). Es bleibt somit nur die Frage der rechtlichen Begründung dieses einheitlichen Ergebnisses klarzustellen.

Mit analoger Anwendung des § 1354 B.G.B. sucht Leonhard das Bestattungsrecht des überlebenden Ehemanns zu recht-

(1) Die früher abweichende Auffassung Josefs (Gruch. B. 65/306), der dem überlebenden Ehegatten nur in Gemeinschaft mit den Kindern des Erblassers ein Bestattungsrecht zusprach, ist in J. W. 25/2109 aufgegeben worden.

fertigen (1). Offenbar ausgehend von dem Gedanken, daß der Ehemann im Leben als Familienoberhaupt über alle Fragen des gemeinschaftlichen Lebens zu entscheiden hat, erklärt Leonhard ihn auch für berufen, für eine würdige Bestattung der Gattin Sorge zu tragen. Man wird dieser Argumentation ihre Richtigkeit nicht absprechen können. Wenn auch eine wörtliche Auslegung des § 1354 B.G.B. den gezogenen Schluß vielleicht nicht zuläßt, so muß man doch bei sinngemäßer Auslegung — und diese ist allein entscheidend — die Bestattung gleichsam als letzte Angelegenheit des gemeinschaftlichen Lebens ansehen und dem überlebenden Ehemann somit das Fürsorgerecht für den Leichnam zuerkennen.

Hiermit ist jedoch das erstrebte Ziel, die rechtliche Begründung des vorangestellten Ergebnisses, noch nicht völlig erreicht, da ja nur der Nachweis für das Fürsorgerecht des überlebenden Ehemannes, nicht aber für das Recht der überlebenden Gattin erbracht ist. Dieses Recht der Ehegattin, das dieser, wie gesagt, in gleicher Weise auf Grund der ehelichen Lebensgemeinschaft zuzusprechen ist, kann nun nicht auf die hier einzig in Betracht kommende positive Gesetzesvorschrift des § 1354 B.G.B., die sich nur auf den Ehemann bezieht, gestützt werden, und es bleibt daher zur Begründung eines Bestattungsrechts der überlebenden Gattin nur noch eine Rechtsquelle übrig — die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts.

Wenn wir zwecks Untersuchung der Frage, ob tatsächlich ein solches Gewohnheitsrecht angenommen werden darf, die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Totenrechts einer Prüfung unterziehen, so fällt uns sofort auf, daß in den meisten Fällen der überlebende Ehemann bzw. die überlebende Ehefrau als Prozeßpartei aufgeführt sind. In allen diesen Erkenntnissen finden wir nun das völlig gleichbleibende Resultat, daß das Recht der Fürsorge für den Leichnam ohne Rücksicht auf die Konkurrenz nächststehender Verwandten, wie z. B. der Kinder oder Eltern des Verstorbenen allein dem Ehegatten auf Grund seiner familienrechtlichen Stellung zuerkannt wird (2). In den meisten Urteilen werden sogar noch die familienrechtlichen Beziehungen hervorgehoben und ausdrücklich betont, daß in erster Linie der Ehegatte schlechthin, eben seiner Stellung im Leben wegen,

(1) a. a. O., zu § 1968, IV.

(2) So R. G. in D. J. Z. 01/163, Nr. 20; O. L. G. Frankfurt in Rechtspr. 14/248 u. in Seuff. A. 62, Nr. 88, O. L. G. Hamburg in Rechtsp 16/262, 63. O. L. G. Naumburg in „Recht" 16/265.

Träger dieses Rechts ist (1). Da im Schrifttum sodann in der Beantwortung dieser Frage vollste Einmütigkeit herrscht, erscheint im Hinblick auf den erheblichen Einfluß, den die Wissenschaft auf die Rechtsprechung ausübt, die Annahme unbedenklich, daß alle diese Entscheidungen Ausdruck einer dauernden, von einem Rechtswillen getragenen Uebung sind. Es kann somit ein Gewohnheitsrecht, das dem überlebenden Ehemann und der überlebenden Ehefrau ein Fürsorgerecht für den Leichnam vorzugsweise und ausschließlich zuspricht, für gegeben erachtet werden.

Der überlebenden Ehefrau steht daher kraft Gewohnheitsrecht, dem überlebenden Gatten aus demselben Gesichtspunkt sowie außerdem analog § 1354 B.G.B. ein alleiniges Recht am Leichnam zu. Daß dieses Ergebnis richtig ist, wird auch durch die oben schon angezogenen Bestimmungen der §§ 189, Abs. 3 St.G.B., 361,2, 393,2 St.P.O., 22 K.U.Sch.G. vom 9. 6. 1907 bekräftigt, die dem überlebenden Ehegatten gewisse strafprozessuale bzw. urheberrechtliche Befugnisse zuerkennen, die sich auf Angelegenheiten des Vertorbenen beziehen.

In den vorgenannten Vorschriften werden die jeweiligen Befugnisse allerdings auch den Kindern und den Eltern des Verstorbenen gewährt, und es ist demnach denkbar, daß auch diesen Angehörigen ein vorzugsweises Bestattungsrecht zusteht. Ein Gewohnheitsrecht, das Kinder oder Eltern, die grundsätzlich als Erben Träger des Totenfürsorgerechts sind, ein solches Recht auf familienrechtlicher Grundlage gibt, kennen wir nicht, und es bleibt daher nur noch die Möglichkeit, eine solche Befugnis auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu gründen.

Die allein in Frage kommende Vorschrift ist § 1631 B.G.B., aus der Leonhard (2), Planck (3) u. a. (4) in der Tat im Wege der Analogie schließen wollen, daß den Eltern am Leichnam der ihrer Gewalt unterworfenen Kinder ein solches Fürsorgerecht zusteht. Man wird sich dieser Ansicht anschließen müssen, da gegen eine ausdehnende Auslegung dahin, daß das Sorgerecht für die Person auch noch die Sorge für den Leichnam umfaßt, keine Bedenken bestehen, und die Auffassung im Ergebnis billig und zweckmäßig erscheint. Es ist jedoch zu betonen, daß dieses

(1) Vergl. O. L. G. in Frankfurt in Rechtsp. 14/248 u. in Seuff. A. 62, Nr. 88, O. L. G. Hamburg, Rechtsp. 16/262, 63, O. L. G. Naumburg, „Recht" 16/265.
(2) a. a. O., zu § 1968, IV.
(3) Planck-Strohal, zu § 1968, 5 b.
(4) z. B. Warneyer, II, zu § 1968, II.

Totenfürsorgerecht familienrechtlicher Natur, das grundsätzlich gemeinschaftliches Recht beider Eltern ist (§§ 1627, 1634 B.G.B.), selbstverständlich nur während der Dauer der elterlichen Gewalt, auf der es beruht, von Bestand sein kann.

Die gegen Leonhard, der als erster die §§ 1354, 1631 B.G.B. in diesem Zusammenhang herangezogen hat, erhobene Einwendung v. Blumes (1), das Recht aus § 1354 B.G.B. habe mit der elterlichen Gewalt im Grundgedanken gar nichts gemein, und der Ehemann sei insbesondere nicht als Vormund seiner Frau anzusehen, liegt neben der Sache. Leonhard hat eine solche Behauptung nie aufgestellt, sondern durch den Hinweis auf die beiden vorgenannten Vorschriften lediglich und ausschließlich dartun wollen, daß beide Bestimmungen unabhängig voneinander einen Weg zur Lösung der Fragen des Totenfürsorgerechts aufzeigen. Diese, wie dargelegt, durchaus zutreffenden Gedanken hat v. Blume nicht widerlegt.

Wir sind nach alledem zu dem Resultat gekommen, daß das Recht der Fürsorge für den Leichnam in erster Linie dem Ehegatten und den elterlichen Gewalthabern, und nur soweit diese nicht da sind, den Erben des Verstorbenen zusteht — ein Ergebnis, das billig erscheint und mit Sitte und Herkommen wohl ebenso wie mit der allgemeinen Volksanschauung in Einklang steht.

§ 4.

Der Inhalt des Totenfürsorgerechts.

Nachdem unsere bisherigen Betrachtungen uns gezeigt haben, wer grundsätzlich beim Fehlen letztwilliger Anordnungen des Erblassers Träger des Totenfürsorgerechts ist, wird nunmehr Gegenstand unserer Untersuchungen sein müssen, welchen Inhalt das Recht der Fürsorge für den Leichnam hat.

Die Rechtsmacht der Bestimmungsberechtigten erhält ihr Gepräge durch die unvergleichbare Stellung, die der menschliche Leichnam in unserem Rechtssystem einnimmt. Mag das Fürsorgerecht auf Eigentum oder ausnahmsweise auf familienrechtlichen Bestimmungen beruhen, es verleiht ausschließlich die Befugnis, über den Leichnam zum Zwecke angemessener Bestattung sowie evtl. zum Zwecke einer Sektion zu verfügen, sowie das Recht, Einwirkungen Unbefugter von dem Leichnam abzu-

(1) S. 392.

wehren. Es soll nun zunächst die positive Seite dieses Rechts, nämlich die Befugnis, über Bestattung und Sektion Bestimmungen zu treffen, einer genaueren Prüfung unterzogen werden.

Die Berechtigten haben in erster Linie kraft ihres Fürsorgerechts darüber zu befinden, ob der Leichnam verbrannt oder beerdigt werden soll. Man hat diese Befugnis der Bestimmungsberechtigten im Schrifttum zwar nur selten ausdrücklich ausgesprochen; gleichwohl steht jedoch nach Ansicht der meisten Schriftsteller (1) dieses Recht den Berechtigten zu, da eine inhaltliche Einschränkung des Bestattungsrechts in dieser Richtung nicht gemacht wird, und zudem auch die Feuerbestattung allgemein üblich und gesetzlich sanktioniert ist.

In der Literatur ist zwar auch die Ansicht vertreten worden (2), die Bestimmungsberechtigten seien zur Anordnung der Feuerbestattung ohne eine dahingehende Bestimmung des Erblassers nicht befugt. Offenbar von dem Wunsch geleitet, daß das Recht am Leichnam nicht so weit gehen möge, weist man zur Begründung dieser Behauptung auf einige landesrechtliche Vorschriften hin, die eine bestimmt geartete Erklärung des Verstorbenen als Voraussetzung der Vornahme einer Feuerbestattung erfordern (3). Diese Argumentation ist jedoch deshalb nicht durchschlagend, weil sie öffentliches und privates Recht nicht genügend auseinanderhält. Mag auch nach öffentlichem Recht der Wille des Verstorbenen für die Zulässigkeit einer Feuerbestattung von Bedeutung sein, die privatrechtliche Befugnis der Berechtigten wird hierdurch in keiner Weise berührt. Das von der Gegenseite erwünschte Ergebnis allein kann sodann eine willkürliche Umgrenzung des Totenfürsorgerechts, die diesem ohne gesetzliche Ermächtigung seinen wesentlichen Inhalt nimmt, ebensowenig rechtfertigen.

Es erscheint zudem eine so weitgehende Einengung der Rechtsmacht der Bestimmungsberechtigten im Hinblick auf die einer Willkür gesetzten Schranken auch gar nicht geboten. In erster Linie sind nämlich, wie noch zu zeigen sein wird, die formgerecht getroffenen Anordnungen des Erblassers für Ort und Art der Bestattung maßgebend, so daß in allen diesen Fäl-

(1) Planck-Strecker, 2 a zu § 90, Planck-Strohal, 5 b zu § 1968, Leonhard, a. a. O., zu § 1968, IV, Josef, a. a. O., S. 306, Staudinger-Riezler, 3 a zu § 90, Warneyer, zu § 1968, II, Soergel, zu § 1968, IV, Hegemann, S. 35 u. a.; ebenso R. G. in J. W. 13/652, 31/1489.

(2) So Tietz, S. 23, Johnsen, S. 76, Anm. 53.

(3) Vergl. z. B. §§ 7 ff. des Preußischen Feuerbestattungsgesetzes v. 14. 7. 11.

len die Berechtigten gar keine Bestimmungen, die etwa willkürlich sein könnten, treffen können. Fehlen solche letztwilligen Anordnungen, so ist der Erblasser ebenfalls ausreichend gegen Willkür geschützt, da Ehegatte und Eltern normalerweise nicht gegen den Willen des Gestorbenen eine Feuerbestattung anordnen, und entfernter stehende Angehörige eine direkt unangemessene Bestattungsregelung deshalb kaum ausführen können, weil jeder Mitbestimmungsberechtigte, wie ebenfalls noch darzulegen sein wird, einem Vorschlag dieser Art mit rechtlicher Wirksamkeit widersprechen kann.

Das Fürsorgerecht gibt den Berechtigten fernerhin die Befugnis, die Einzelheiten der Bestattung nach ihrem Ermessen zu bestimmen. Ihnen steht das Recht zu, den Ort zu bestimmen, wo der Tote seine letzte Ruhestätte finden bzw. die Asche aufbewahrt werden soll (1), sie befinden über die Errichtung eines Grabdenkmals und insbesondere über den Inhalt der Grabschrift (2).

Auch das Recht, die Exhumierung des Leichnams zum Zwecke der Umbettung zu verlangen, muß den Bestimmungsberechtigten zugesprochen werden, eine Befugnis, die allerdings in dem Gebot der Wahrung des Totenfriedens ihre Grenzen findet. Es ist ein allgemeiner, von Sitte und Herkommen anerkannter Satz, daß man einen Leichnam, der einmal bestattet ist, nicht beliebig umbetten darf. Den allgemeinen sittlichen Empfindungen, die vom Recht anerkannt sind, entspricht es, daß die Ruhe der Toten möglichst ungestört bleibt und daß nur aus besonders wichtigen Gründen eine Umbettung zulässig ist (3). Als praktisch bedeutsamster Fall ist hier vor allem die Ueberführung gefallener Krieger in die Heimaterde zu erwähnen.

Weiterhin ist den Berechtigten die Befugnis zu gewähren, darüber zu bestimmen, ob bildliche Darstellungen des Leichnams erfolgen dürfen. Hierher gehört auch das Photographieren und Zeichnen der Leiche sowie die Anfertigung einer Totenmaske (4).

---

(1) Leonhard, a. a. O., zu § 1968, IV, Endemann, III, § 30, VII, b, R. G. 45/173.

(2) Vergl. Tietz, S. 23, Hegemann, S. 35; O. L. G. Frankfurt in Rechtsp. 14/247 u. in „Recht" 06/1199, Nr. 2866, K. G. in Rechtsp. 22/180.

(3) So die allgemeine Meinung, cf. Bauer, S. 31, Völckers, S. 251, Josef, a. a. O., S. 307, v. Dassel, S. 419, Pfäfflin, S. 16 ff., Rechtsp. 2/426, 16/262, R. G. 108/217.

(4) Vergl. Leonhard, a. a. O., zu § 1968, IV, Johnsen, S. 77, 78, Planck-Strohal, 5 c zu § 1968, Josef, Bay. Z., S. 123, Klusemann, S. 44, R. G. in Seuff. A. 79, Nr. 158.

Selbstverständlich sind alle diese Befugnisse der Träger des Fürsorgerechts an die Schranken der allgemeinen Gesetze öffentlich- und privatrechtlicher Natur gebunden. In Betracht kommen hier die aus polizeilichen Gründen erlassenen Friedhofsordnungen sowie die Bestimmungen, die den Berechtigten ihr Recht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit ganz oder zum Teil entziehen (1). Auch die Grenze, die durch die Vorschriften des allgemeinen Polizeirechts (in Preußen: § 14 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 31) gesetzt ist, und die es möglich macht, die Ausübung eines Rechts insoweit zu untersagen, als hierdurch ein polizeiwidriger Zustand geschaffen wird, ist in diesem Zusammenhang nicht zu übersehen. Würden z. B. die Bestimmungsberechtigten den Grabstein mit der Inschrift versehen:

Macht hier das Leben gut und schön,
Kein Jenseits gibt's, kein Wiederseh'n,

so hätte, wie Josef (2) treffend bemerkt, die Polizei einzuschreiten, da durch den Inhalt dieser Inschrift die religiösen Gefühle vieler verletzt werden und hierin eine Störung der öffentlichen Ordnung zu erblicken ist. Auf dem Gebiete des Privatrechts ist die Rechtsmacht der Berechtigten vor allem durch die §§ 823 ff. B.G.B. sowie durch die sich aus Verletzung absoluter Rechte ergebenden Unterlassungsansprüche (3) in ihrem Inhalt umgrenzt.

Einer besonderen Behandlung bedarf die praktisch wichtige Frage, ob die Träger des Bestattungrechts befugt sind, den Leichnam des Verstorbenen sezieren zu lassen.

In der Literatur wird zum Teil (4) den Bestimmungsberechtigten ein solches Recht eingeräumt. Soweit man eine Begründung für diese Behauptung gibt, weist man darauf hin, daß eine Sektion nach unseren heutigen Anschauungen nicht mehr gegen die Pietät verstoße. Dies ist zwar richtig, trifft aber nicht den Kern der Sache, da es doch offenbar bei der Frage der Sittenwidrigkeit hier nicht auf die Sektion als solche, sondern auf die

(1) Siehe hierzu Reichsgesetz betr. d. Bekämpfg. gemeingefährl. Krankheiten v. 30. 6. 1900, und für Preußen auch Gesetz betr. d. Bekämpfg. übertragb. Krankheiten v. 28. 8. 1905.

(2) in J. W. 25/2109.

(3) Vergl. die Ausführungen von Humbert in J. W. 25/2108, der eine Entscheidung des Landgerichts Landsberg mitteilt, in der der Inhalt einer Grabschrift Grundlage bürgerlich-rechtlicher Unterlassungsansprüche gewesen ist.

(4) Josef in Gruch. B. 65/307 u. in J. W. 05/103, v. Blume, S. 395, Henne, S. 36; wohl auch Staudinger-Riezler, 3 a zu § 90, Johnsen, S. 75.

Ueberlassung des Leichnams des Verstorbenen zur Sektion ankommt. Die hier entscheidende Frage kann unseres Erachtens nur so formuliert werden: Ist es mit unseren sittlichen Anschauungen vereinbar, den Leichnam eines Menschen ohne Kenntnis seines Willens einer Anatomie zum Zwecke einer Sektion zu übergeben?

Diese Frage glauben wir mit der Gegenmeinung (1) verneinen zu müssen. Wenn auch den Trägern des Fürsorgerechts ein weitgehendes Recht am Leichnam zusteht, so liegt gleichwohl in einer solchen Ueberlassung an eine Anatomie, wie Oertmann (2) treffend sagt, eine „Antastung der sittlichen Freiheit und Persönlichkeit des Menschen, die auch noch nach dem Tode seiner Leiche als dem noch verbliebenen Ueberrest der Persönlichkeit gegenüber Beachtung erheischt." Es würde eine Mißachtung der Persönlichkeit des Verstorbenen bedeuten, wollte man ohne seinen Willen seine sterblichen Ueberreste nicht zur letzten Ruhe beisetzen, sondern einer Sektion preisgeben; muß doch heute noch davon ausgegangen werden, daß grundsätzlich die Vornahme einer Sektion nicht im Sinne des Verstorbenen liegt, und für eine abweichende Annahme daher schon besondere Gründe ersichtlich sein müssen. Der wissenschaftliche Zweck allein, der wohl die eigene Verfügung eines Menschen über seinen Leichnam rechtfertigen kann, wie noch auszuführen sein wird, kann einem Rechtsgeschäft der Bestimmungsberechtigten, selbst bei Unentgeltlichkeit, den Makel der Unsittlichkeit nicht nehmen.

Man wird daher den Trägern des Fürsorgerechts für den Leichnam die Befugnis, eine Sektion anzuordnen, nicht zusprechen können, vielmehr grundsätzlich einen Sektionsvertrag gemäß § 138 B.G.B. für nichtig halten müssen. Nur dann, wenn der Verstorbene sein Einverständnis mit der Vornahme einer Sektion in irgendeiner Form unzweideutig zum Ausdruck gebracht hat, wird eine solche Unsittlichkeit nicht anzunehmen sein, da ja dann das für diese entscheidende Moment, die Mißachtung der sittlichen Freiheit, entfallen ist.

Die Rechtsmacht der Bestimmungsberechtigten enthält nun neben diesen Befugnissen, die uns bisher beschäftigt haben und die den eigentlichen Kern des Fürsorgerechts ausmachen, als

(1) Oertmann, Vorb. 6 e vor § 90, Tietz, S. 24, v. Alvensleben, S. 49, Dernburg, Pandekten, I, § 69, a, Rehbein, 1 a zu § 90; im Ergebnis auch Hegemann, S. 37 und Klusemann, S. 44, 45.

(2) a. a. O., Vorb. 6 e vor § 90.

notwendige Ergänzung das Recht, Eingriffe Unbefugter vom Leichnam abzuwehren. Bei der rechtlichen Darstellung dieser Befugnisse, die den Berechtigten gegenüber Dritten zustehen, wird man unterscheiden müssen, ob das Fürsorgerecht im Eigentum oder in familienrechtlichen Beziehungen seine Grundlage hat.

In allen Fällen, in denen ein Ehegatte oder ein elterlicher Gewalthaber nicht da ist, und das Recht am Leichnam somit den Erben auf Grund ihres Eigentums zusteht, ist die Rechtslage klar: Es finden die allgemeinen Vorschriften über Herausgabe-, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche des Eigentümers Anwendung. Die Erben können jeden, der ihnen den Leichnam oder Teile desselben unbefugt vorenthält, gemäß §§ 985 ff. B.G.B. auf Herausgabe und Schadensersatz in Anspruch nehmen; ebenso können sie unter den Voraussetzungen des § 1004 B.G.B. Beseitigung von Beeinträchtigungen und Unterlassung verlangen.

In den Fällen sodann, in denen ein Ehegatte oder die elterlichen Gewalthaber Träger des Fürsorgerechts sind, ergeben sich die Befugnisse der Berechtigten aus dem ihnen zustehenden familienrechtlichen Ausschlußrecht am Leichnam.

Aus der absoluten Natur dieses Rechtes ist zunächst zu schließen, daß dem Berechtigten ein Herausgabeanspruch hinsichtlich des Leichnams gegeben ist, rechtsähnlich dem Anspruch des Vaters auf Herausgabe seines Kindes (§ 1632 B.G.B.) (1). Ebenso steht den Bestimmungsberechtigten, da das Totenfürsorgerecht wie alle Familienrechte absoluter Natur (2) als sonstiges Recht im Sinne des § 823,1 B.G.B. anzusehen ist, bei Verletzung ihres Rechts ein Schadensersatzanspruch aus diesem Gesichtspunkt zu. Auch ein Unterlassungsanspruch muß schließlich den Berechtigten bei Beeinträchtigung ihres Rechts zugebilligt werden, ist doch aus einer Reihe von positiven Gesetzesvorschriften, so z. B. §§ 12, 1004, 1065, 1227 B.G.B., § 1 U.W.G. mit der herrschenden Meinung zu entnehmen (3), daß unsere Rechtsordnung allwirksamen Rechten schlechthin einen solchen Schutz Dritten gegenüber verleiht. Das Reichsgericht (4) hat zwar einmal eine auf das absolute Recht des Fortbestandes der ehelichen Gemeinschaft gegründete Klage eines Ehegatten, den anderen zur Unterlassung der Fortsetzung des ehebrecherischen Verkehrs mit einem Drit-

(1) Siehe v. Blume, S. 397, Bauer, S. 26, 27, Henne, S. 38, 39, Bohne, S. 151 u. a.

(2) So Enneccerus, I, 2, § 451, Anm. 9, Warneyer, zu § 823, 5, R. G. 72/130, R. G. in J. W. 13/202.

(3) So u. a. Enneccerus, I, 1, § 465, Oertmann, D. J. Z. 04/616 ff., Fuld, Gruch. B. 47/373; R. G. 60/7 ff., 61/369, 109/272 ff.

(4) R. G. 71/85.

ten zu verurteilen, abschlägig beschieden; für diese Entscheidung ist jedoch das vom Recht anerkannte, sittliche Wesen der Ehe ausschlaggebend gewesen (1), ein Gesichtspunkt, dessen auch nur entsprechende Anwendung hier offensichtlich unmöglich ist. Die Zulässigkeit einer Unterlassungsklage wird hier auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Recht am Leichnam schon durch § 168 St.G.B. ein gewisser Schutz gewährt ist; die vom Reichsgericht früher vertretene Auffassung (2), eine Unterlassungsklage sei dann unzulässig, wenn das Strafgesetz die in Frage stehende Handlung bereits verbiete, ist nach starkem Widerspruch in der Literatur (3) mit Recht fallen gelassen worden (4), ist es doch in der Tat unerfindlich, inwiefern ein unzureichender Strafrechtsschutz — eine Rechtsverletzung hat ja immer bei Einsetzen des Strafschutzes schon stattgefunden — privatrechtliche Befugnisse derart schmälern darf.

Unsere bisherigen Darlegungen haben uns gezeigt, welcher Inhalt dem Recht der Fürsorge für den Leichnam im einzelnen innewohnt, und es wird nur noch klarzustellen sein, wie es mit der Ausübung dieses Rechts und der prozessualen Verwirklichung der jeweiligen Befugnisse bestellt ist.

Für die Ausübung des Rechts der Totenfürsorge wird man die §§ 2038, 745 B.G.B., die die Verwaltung des Nachlasses regeln, maßgebend sein lassen müssen. Der Leichnam wird mit dem Augenblick des Todes Eigentum der Erben und muß somit, auch wenn er nie Eigentum des Verstorbenen gewesen ist, sinngemäß als Teil des „Nachlasses" gelten, und auch die höchstpersönliche Natur des Fürsorgerechts kann entgegen der herrschenden Meinung (5) nichts daran ändern, daß sich die Betätigung dieses Rechts als Verwaltung im Sinne des § 2038 B.G.B. darstellt. Allerdings wird durch Stimmenmehrheit gemäß § 745 B.G.B. nur eine ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses, also hier eine ordnungsmäßige Bestattung beschlossen werden dürfen. Somit ist auch dem überstimmten Miterben der Einwand nicht abgeschnitten, der notfalls gerichtlich geltend gemacht und durchgesetzt werden kann, daß die beabsichtigte Regelung nicht ordnungsmäßig, d. h. der Sachlage nicht angemessen ist. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Rege-

(1) R. G. 71/85.
(2) So R. G. 77/222 ff., 82/63 ff., 88/130, ebenso Neukamp in J. W. 15/113.
(3) Rosenthal in L. Z. 13/899 u. in J. W. 14/1059, Delius, J. W. 13/6, Enneccerus, I, 2, § 465, I, 2 a, Weimann, J. W. 14/1007.
(4) R. G. in J. W. 27/1471 ff., Nr. 11.
(5) Josef in J. W. 25/2109, Bauer, S. 16, R. G. 100/172.

lung wird man dann mit dem Reichsgericht (1) vor allem die persönlichen Verhältnisse sowie den Willen des Verstorbenen ausschlaggebend sein lassen müssen — auch wieder ein Beweis für die weitgehende Berücksichtigung des Willens des Erblassers in unserem Totenrecht, auf die oben schon hingewiesen worden ist.

Die Berechtigten können fernerhin auch die Ausübung des Fürsorgerechts für den Leichnam vertraglich einem Dritten überlassen oder auch auf ihr Recht zugunsten eines Dritten verzichten (2). Bei Streitigkeiten über die Auslegung derartiger Abmachungen, die praktisch zumeist wohl bei der Beisetzung des Verstorbenen in einem Familienbegräbnisse vorkommen, wird § 242 B.G.B. eine besondere Beachtung verdienen. Es wird sich in vielen Fällen schon aus diesem Gesichtspunkt entnehmen lassen, inwieweit das dem Dritten eingeräumte Recht, so z. B. das Recht, den Inhalt einer Grabschrift zu bestimmen (3), gehen soll.

Da das Recht der Totenfürsorge, wie oben ausgeführt, dem Gebiet des Privatrechts angehört, so entscheiden über Streitigkeiten gemäß § 13 G.V.G. die ordentlichen Gerichte (4); über solche Fragen wird in aller Regel in Eile entschieden werden müssen, und es wird in der Praxis daher insbesondere der Weg einer einstweiligen Verfügung von Bedeutung sein.

§ 5.

Anordnungen des Erblassers.

I. Rechtliche Bedeutung, Form und Inhalt.

In unseren bisherigen Ausführungen, die uns Träger und Inhalt des Fürsorgerechts für den Leichnam haben kennen lernen lassen, ist schon des öfteren davon die Rede gewesen, daß der Wille des Erblassers im Totenrecht eine Rolle spielt. Wenn wir hier von dem Willen des Erblassers reden, so denken wir an ganz bestimmte Willensäußerungen, so vor allem an letztwillige Bestimmungen, die sich auf die Bestattungsregelung beziehen, sowie an Anordnungen und Vereinbarungen, die eine zukünftige Sek-

(1) R. G. in Seuff. A. 59/309; so auch Bauer, S. 17.

(2) v. Blume, S. 396, Johnsen, S. 77, Henne, S. 35, Bauer, S. 15, R. G. in Seuff. A. 59/308, O. L. G. Frankfurt in Seuff. A. 62/151, Nr. 88.

(3) Vergl. hierzu O. L. G. Frankfurt, Rechtsp. 14/246, K. G. in Rechtsp. 22/180.

(4) So die allgemeine Meinung, u. a. Planck-Strecker, 2 a vor § 90, Warneyer, II, zu § 1968, II, Josef, Gruch. B. 65/307, Johnsen, S. 77, R. G. 100/172, 108/219.

tion des Leichnams vorsehen. Ueber die rechtliche Bedeutung, Form und Inhalt solcher Anordnungen Aufschluß zu geben, soll in folgendem unsere Aufgabe sein.

Die Frage nach der Zulässigkeit und rechtlichen Bedeutung letztwilliger Anordnungen, die zuerst Gegenstand unserer Prüfung sein soll, ist in der Literatur sehr umstritten. Man ist sich nicht darüber im klaren, ob solche Bestimmungen lediglich als ein Wunsch des Verstorbenen anzusehen sind, dessen Erfüllung vom freien Belieben der Bestimmungsberechtigten abhängig ist, oder ob es sich hierbei um Bestimmungen rechtlich bindender Natur handelt.

Als Verfechter ersterer Annahme muß zunächst v. Blume (1) genannt werden. Bei Begründung seiner Ansicht geht v. Blume davon aus, daß den „Hinterbliebenen" ein auf familienrechtlicher Grundlage beruhendes Bestattungsrecht zustehe. Dieses Recht diene dem Schutze der Pietät, und in den Pietätsempfindungen der Angehörigen müsse daher das Bestimmungsrecht des Erblassers über Art und Weise seiner Bestattung seine Grenze finden. Soweit letztwillige Anordnungen mit diesem Gebot der Pietät in Einklang zu bringen seien, sei ihre Wirksamkeit und die Bindung der Angehörigen an sie nicht zu bezweifeln, andernfalls aber könne man sie nur als einen Wunsch des Verstorbenen ansehen, den zu erfüllen eine Rechtspflicht nicht vorschreibe. Ebenso sehen auch Schultheis (2) und Kipp (3), von denen letzterer seine Ansicht auf ein „persönlich zu fassendes Recht der Hinterbliebenen zur Verfügung über den Leichnam" stützt, in solchen Bestimmungen nur eine sittliche, nicht aber eine rechtliche Pflicht enthalten.

Diese Ausführungen können jedoch als richtig nicht angesprochen werden. Selbst wenn man die „Pietät" entscheidend sein läßt, so verlangt diese, wie v. Blume selbst (4) anerkannt hat, neben einer gewissen Ehrfurcht vor dem Leichnam des Verstorbenen eine liebevolle Verehrung seines Angedenkens, und hierzu gehört vor allem die uneingeschränkte Achtung und Erfüllung seiner letzten Wünsche (5). Schon aus diesem Grunde kann daher das Pietätsgefühl der Angehörigen niemals dem letzten Willen des Verstorbenen entgegengehalten werden. Ganz abgesehen davon beruht der Gedanke v. Blumes, das Pietäts-

(1) S. 405; ähnlich wie v. Blume auch Henne, S. 36.
(2) S. 39.
(3) § 113, I, Anm. 5.
(4) S. 378.
(5) So richtig Pick, S. 21; ebenso auch Tietz, S. 49.

gefühl der Angehörigen sei Maßstab für die Wirksamkeit letztwilliger Anordnungen, auf der, wie gezeigt, unrichtigen Voraussetzung, daß es ein allgemeines, die „Pietät" schützendes Bestattungsrecht der Hinterbliebenen gibt, so daß auch aus diesem Grunde die Ansicht v. Blumes und seiner Anhänger zu verwerfen ist.

Sandheim (1), Johnsen (2) u. a. (3) wenden sich mit anderer Begründung gegen die Annahme, daß der Erblasser irgendwelche Bestimmungen über seinen Leichnam mit rechtlicher Wirksamkeit treffen könne. Man weist darauf hin, daß der Mensch zu Lebzeiten nur über sein Vermögen (§§ 1922, 1937 B.G.B.), nicht aber über seinen Körper verfügen könne, da ein Verfügungsrecht über letzteren erst mit dem Tode entstehe, und dieses Recht sofort den Erben bzw. den Hinterbliebenen zustehe. Derartige letztwillige Bestimmungen seien daher nur als Ausdruck eines Wunsches anzusehen, der die Bestimmungsberechtigten in keiner Weise binden könne.

Diese formale Beweisführung lehrt uns, so unrichtig sie ist, den richtigen Weg zur Lösung des Problems finden. Es mag sein, daß sich bei wörtlicher Anwendung der einschlägigen positiven Gesetzesvorschriften die Zulässigkeit und Rechtserheblichkeit solcher Bestimmungen nicht rechtfertigen läßt; bei richtiger Gesetzesauslegung muß jedoch gleichwohl mit der herrschenden Meinung (4) die Frage nach der rechtlichen Wirksamkeit solcher Anordnungen bejaht werden.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch erkennt in den §§ 1937 ff. ausdrücklich an, daß man letztwillig über sein Vermögen verfügen kann, und in den §§ 2064 ff. finden wir Bestimmungen, die die sich aus solchen letztwilligen Anordnungen ergebende Rechtslage im einzelnen regeln. Schon hieraus muß man mit zwingender Logik entnehmen, wie Tietz (5) treffend bemerkt, daß Verfügungen über den eigenen Körper mit rechtlicher Wirksamkeit möglich sind. Die Verbindung zwischen dem lebenden Menschen und seinem Körper ist viel enger und inniger als das Verhältnis zwischen dem Menschen und den ihm gehörenden Sachen und man muß daher, wenn man schon gültig über sein Vermögen

(1) S. 43.
(2) S. 73.
(3) z. B. Gierke, II, S. 36, Anm. 69.
(4) Warneyer, zu § 1968, II, Planck-Strohal, zu § 1968, 5 a, Oertmann, zu § 90, 6, e, v. Schwerin, S. 668, Klusemann, S. 48, Hegemann, S. 38, Pick, S. 19; R. G. in J. W. 12/540, Nr. 19, R. G. 100/172, 108/220.
(5) S. 39.

verfügen kann, erst recht über das Schicksal seines Körpers verfügen können. Die Frage, ob die Rechtsquelle dieser Verfügungsmacht in einem Eigentum des Menschen an seinem Körper (1), in einem Persönlichkeitsrecht am eigenen Körper (2) oder in einem allgemeinen Recht der Persönlichkeit (3) zu erblicken ist, kann auf sich beruhen bleiben, da ihre Untersuchung für das gewonnene Ergebnis ohne Bedeutung ist.

Es ist ferner noch aus einem anderen Grunde anzunehmen, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch, wenn es auch letztwillige Anordnungen hinsichtlich des Leichnams nicht ausdrücklich für zulässig erklärt, von der Zulässigkeit solcher Anordnungen ausgeht. In einem Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch (4) ist ursprünglich eine Bestimmung vorgesehen gewesen (§ 2225), nach der der Erblasser entsprechend der Vorschrift des § 169 I 12 Pr.A.L.R. in eigenhändig geschriebener und unterschriebener Form Bestimmungen über sein Begräbnis treffen kann. Diese Bestimmung ist später nur deshalb gestrichen worden, weil das eigenhändige Testament als ordentliche Testamentsform in unser Gesetz aufgenommen worden ist (5).

Der Wortlaut des Gesetzes steht sodann auch mit der Zulässigkeit solcher Anordnungen nicht in Widerspruch, im Gegenteil. Die §§ 1937 ff. B.G.B., die im einzelnen aufzählen, welchen Inhalt ein Testament haben kann, erwähnen zwar nicht die Möglichkeit einer letztwilligen Bestimmung über das Schicksal des eigenen Leichnams, doch wollen diese Vorschriften auch nur Beispiele anführen. Dies geht schon daraus hervor, daß unser Familien- und Erbrecht anderenorts sehr viele Fälle erwähnt (6), in denen der Erblasser letztwillig rechtsverbindliche Bestimmungen treffen kann; weiter ist für diese Annahme auch vergleichsweise auf die Vorschrift des § 2278 B.G.B. hinzuweisen, die im Gegensatz zu den §§ 1937 ff. ausdrücklich bestimmt, daß andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen vertragsmäßig nicht getroffen werden können.

Man wird somit annehmen müssen, daß der Erblasser letztwillig in der Tat rechtsgültig über seinen Leichnam verfügen kann. Die Wirkung solcher Bestimmungen wird man darin er-

(1) So u. a. Vangerow, § 34 Anm. 1.
(2) Gareis, Festgabe S. 61 ff., Hegemann S. 38, Klusemann. S. 46, 10 ff. u. a.
(3) Gierke, I, S. 251 ff., Schreuer, S. 247.
(4) Entwurf, S. 477.
(5) Reichstagskommissionsbericht, S. 2105; vergl. auch R. G. in J. W. 12/540, Nr. 19, Josef, Gruch. B. 65/309 ff.
(6) §§ 1509, 1511 ff., 1777, 1917, 2044, 2189, 2197, 2297 u. a. BGB.

blicken müssen, daß die grundsätzlich Bestimmungsberechtigten ungeachtet ihrer Rechte am Leichnam verpflichtet sind, diesen Anordnungen, soweit sie rechtswirksam sind, Folge zu leisten. Fraglich ist nur, wann eine Rechtswirksamkeit solcher Anordnungen anzunehmen und ob insbesondere eine bestimmte Form für sie zu erfordern ist.

Vereinzelt in der Literatur (1) und vor allem vom Reichsgericht (2) wird in dieser Frage die Auffassung vertreten, daß der letzte Wille des Verstorbenen auch dann für die Regelung der Bestattung maßgebend sei, wenn er nicht in einer formgerechten letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gekommen ist. Man führt an, daß es sich hier um eine Anordnung handle, die außerhalb der Dispositionen der §§ 1937 bis 1941 B.G.B. liege, und auch nur diese Annahme Sitte, Pietät und der rechtlichen Anschauung entspreche, nach der das Recht der Persönlichkeit noch im Leichnam fortwirke. Anspruch auf Richtigkeit kann diese Anschauung jedoch nicht erheben. Wenn ein Bestimmungsrecht über das Schicksal des eigenen Leichnams auch im Gesetz nicht erwähnt ist, so ergibt sich doch hieraus noch nicht ohne weiteres die Formfreiheit einer entsprechenden Verfügung, vielmehr wird man aus der Natur der Anordnung entnehmen müssen, ob eine Form erforderlich ist oder nicht. Die Gebote der Sitte und Pietät berücksichtigt das Recht ferner nur insoweit, als es sie ausdrücklich als bindend anerkennt, und eine solche Anerkennung ist hier nicht erfolgt, und schließlich ist der Glaube an ein über den Tod fortwirkendes Persönlichkeitsrecht, wie oben ausgeführt, als unrichtig anzusprechen.

Die in der Literatur vorherrschende Meinung (3) macht demgegenüber die Gültigkeit einer letztwilligen Bestimmung über den Leichnam davon abhängig, daß eine der von unserem Recht für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Formen beachtet ist. Zur Begründung dieser Auffassung weist man darauf hin, daß der Tod des Erblassers Voraussetzung für die Ausführung einer solchen letztwilligen Anordnung sei, und daß daher die im V. Buch unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs für diese vorgesehenen Formen einzuhalten seien (3). Dies ist richtig, da in der Tat eine Anordnung über den Leichnam nur die Rechtslage nach dem Tode regeln kann und soll, und unser Recht für letztwillige Bestimmungen bestimmte Gültigkeitserfordernisse aufstellt, die zu übergehen kein Anlaß vorliegt.

(1) Bauer, S. 13, Warneyer, zu § 1968, II, wohl auch Tietz, S. 46.
(2) R. G. 100/172, 108/220 u. in J. W. 12/540 Nr. 19.
(3) Vergl. Pick, S. 19.

Auch spricht für diese Ansicht der sog. „Wille des Gesetzgebers". In einem Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1) ist ursprünglich, wie oben schon dargelegt, eine Bestimmung zu finden gewesen, die eine letztwillige Anordnung über das Begräbnis in eigenhändig geschriebener Form für zulässig erklärt hat, und die nur deshalb nicht Gesetz geworden ist, weil das eigenhändige Testament als ordentliche Testamentsform in unser Gesetz aufgenommen worden ist (2). Wenn man dann noch hinzunimmt, daß die Bestimmung des § 169 I 12 Pr.A.L.R., der weitergehend jeden außergerichtlichen Schriftsatz als Form einer letztwilligen Anordnung über das Begräbnis genügen läßt, in unser Gesetzbuch keinen Eingang gefunden hat, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch nach der unserem Recht zugrundeliegenden Anschauung die Form einer letztwilligen Verfügung als Voraussetzung für eine entsprechende Anordnung über den Leichnam zu erfordern ist.

Man wird aus diesen Gründen der letzteren Auffassung beitreten müssen, und eine letztwillige Bestimmung über die Rechtsverhältnisse am Leichnam nur dann als gültig ansehen können, wenn sie in einer der allgemein für letztwillige Verfügungen vorgesehenen Formen ergangen ist.

Ist diese Form gewahrt, so kann der Erblasser nach seinem Belieben über die Art und Weise der Bestattung sowie über eine etwaige Ueberweisung seines Leichnams an eine Anatomie Anordnungen treffen, die für die Träger des Fürsorgerechts von verpflichtender Wirkung sind. Ihm steht das Recht zu, im einzelnen über die Art seiner Beisetzung zu bestimmen, über die Errichtung eines Grabdenkmals und die Ausschmückung seiner Grabstätte zu befinden usw. Auch ist ihm das Recht zuzubilligen, den grundsätzlich Bestimmungsberechtigten ihr Recht am Leichnam aus irgendwelchen Gründen zu entziehen und es auf einen Dritten mit allen diesem Recht innewohnenden Befugnissen zu übertragen (3); eine solche Anordnung ist rechtlich als ein die jeweiligen Erben belastendes Vermächtnis zugunsten des Dritten anzusehen.

Da es sich bei solchen letztwilligen Anordnungen um Rechtsgeschäfte handelt, ist dem Bestimmungsrecht des Erblassers allerdings durch die allgemein für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften, insbesondere durch die §§ 134, 138 B.G.B., eine

(1) § 2225 des Entwurfs.
(2) Reichstagskommissionsbericht, S. 2105; vergl. auch R. G in J. W. 12/540, Nr. 19, Josef, Gruch. B. 65/309 ff.
(3) So Josef, a. a. O., S. 304, Pick, S. 23.

Schranke gesetzt. Eine Unsittlichkeit und Nichtigkeit einer einschlägigen letztwilligen Verfügung würde z. B. dann anzunehmen sein, wenn der Erblasser letztwillig verfügen würde, seinen Leichnam denTieren zum Fraß vorzuwerfen oder ihn zum Fang von Krebsen oder bei der Jagd auf Raubvögel zu verwenden (1). Die Anordnung der Feuerbestattung, die praktisch wohl sehr häufig den Inhalt einer solchen letztwilligen Verfügung darstellt, kann dagegen nicht als sittenwidrig gelten (2). Die einzelstaatliche Gesetzgebung hat die Feuerbestattung als eine der Beerdigung gleichgeordnete Bestattungsart anerkannt, und die Verbrennung selbst vollzieht sich in sehr pietätvoller Weise in staatlich genehmigten Krematorien (3); mag die Feuerbestattung auch nach katholischem Kirchenrecht verboten (4) und auch nach Auffassung einzelner Kreise, vielleicht sogar nach Anschauung der Angehörigen im konkreten Fall (5), gegen die guten Sitten verstoßen, eine objektive Beurteilung muß aus den erwähnten Gründen zu dem entgegengesetzten Resultat kommen.

II. Die sog. Anatomievermächtnisse.

Einer besonderen Behandlung bedarf im Hinblick auf ihre praktische Wichtigkeit die Frage nach der Zulässigkeit und Rechtswirksamkeit von letztwilligen Anordnungen und Verträgen unter Lebenden, durch die einem Anatomischen Institut das Recht zur Sektion eines Leichnams eingeräumt wird. Da wir gerade zuvor die für letztwillige Verfügungen über den Leichnam allgemein geltenden Grundsätze erörtert haben, erscheint es zweckmäßig, zunächst die letztwilligen Anordnungen, die eine Sektion des Leichnams vorsehen, einer Betrachtung zu unterziehen.

Die grundsätzliche Zulässigkeit einer formgerecht getroffenen letztwilligen Verfügung dahingehend, daß der Leichnam einer Anatomie zur Sektion überlassen werden soll (6), ergibt sich aus dem bisher schon Gesagten. Rechtlich stellt sich eine solche Anordnung als ein die Erben verpflichtendes Vermächtnis zu-

(1) Diesen Fall erwähnt die lex bajuvariorum, tit. XVIII, cap. 4.
(2) So die herrsch. Meinung, u. a. Josef, a. a. O., S. 311, Oertmann, 6 e zu § 90, Hegemann, S. 40, R. G. in Gruch. B. 56/1007.
(3) Siehe Tietz, S. 43.
(4) Cod. iur. can., liber III, pars II, tit. 12, can. 1203, §§ 1, 2.
(5) Dieses Moment sieht v. Blume, S. 406, zu Unrecht als entscheidend an.
(6) So fast die allg. Meing., Oertmann, 6 e zu § 90, Hegemann. S. 38, Josef, L. Z. 29/175, v. Schwerin, S. 669 u. a.

gunsten des jeweiligen Anatomischen Instituts dar (1), das somit einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Herausgabe des Leichnams geltend machen kann.

Ein solches Anatomievermächtnis kann auch normalerweise nicht als sittenwidrig angesehen werden (2). Entscheidend für diese Annahme ist, daß die Sektion für die Wissenschaft heute eine unbedingte Notwendigkeit ist, schafft sie doch in erster Linie die Möglichkeit, die medizinischen Erkenntnisse zu erweitern und neue Heilmethoden zu finden, die der gesamten Menschheit von unendlichem Nutzen sind. Diesem Gesichtspunkt kann man nicht das verletzte Pietätsgefühl der Angehörigen entgegenhalten, wie v. Blume (3) es will, da ein solches Pietätsinteresse, wenn es tatsächlich gegeben sein sollte, unter Berücksichtigung der großen und unersetzlichen Vorteile, die eine Sektion für die Allgemeinheit hat, bei einer objektiven Beurteilung des Rechtsgeschäfts nicht in die Wagschale fällt. Zudem verlangt auch das Gebot der Pietät, wie oben schon bemerkt, gerade zuerst die unbedingte Achtung der letzten Wünsche des Verstorbenen.

Der Einwand Hennes (4), ein letztwilliges Anatomievermächtnis sei deshalb kein Vermächtnis im Rechtssinn, weil die Angehörigen bestattungsberechtigt seien und sie als Erben nicht auf Herausgabe des Leichnams in Anspruch genommen werden könnten, geht restlos fehl. Henne geht zunächst von der falschen Voraussetzung aus, daß die Angehörigen und nicht die Erben Träger des Totenfürsorgerechts sind, woraus die Unrichtigkeit der gezogenen Schlußfolgerung schon erhellt. Sodann sind auch in vielen Fällen die jeweiligen Angehörigen mit den Erben identisch, so daß hier auch die ersteren, eben weil sie Erben sind, eine Herausgabepflicht trifft. Mit welcher Berechtigung Henne in diesen Fällen, in denen sich das Vermächtnis doch an Erben richtet, eine Unwirksamkeit solcher Anordnungen aus der Annahme herleiten kann, daß das Bestattungsrecht auf familienrechtlicher, die Herausgabepflicht auf erbrechtlicher Grundlage fußt, ist völlig unerfindlich.

---

(1) Oertmann, 6 e zu § 90, Josef, L. Z. 29/175 (abweichend früher in Bay. Z. 05/123), Klusemann, S. 48.

(2) So die herrsch. Meing., Tietz, S. 49, Hegemann, S. 40, Oertmann a. a. O., Josef a. a. O., Klusemann a. a. O., u. a.

(3) S. 406; vergl. auch Schultheis, S. 39.

(4) S. 36, 37; früher auch Josef in Bay. Z. 05/124, gegen ihn auch v. Schwerin, S. 669.

Eine testamentarische Anordnung des Inhalts, der Leichnam solle einer Anatomie zur Sektion übergeben werden, ist nach alledem für gültig zu halten. Einer solchen letztwilligen Anordnung kommt nun praktisch gesehen ein Anatomievermächtnis unter Lebenden gleich, dessen Zulässigkeit und Rechtsverbindlichkeit uns in folgendem beschäftigen soll.

In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, daß ein Vertrag, durch den jemand seinen Leichnam zur Sektion überläßt, rechtlich nicht oder wenigstens nicht vollwirksam ist.

So wird von Bauer (1) und mit Einschränkung auch von Johnsen (2) angenommen, daß ein Anatomievertrag unter Lebenden rechtlich ohne jede Bedeutung sei. Man führt an, daß der Verfügende niemals Eigentum an seinem Körper erlangen könne und somit der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und nach § 306 B.G.B. nichtig sei. Wolle man dies aber nicht annehmen, so treffe jedenfalls die aus einem solchen Geschäft entstehende Verpflichtung nur die Erben als solche; das originäre Bestattungsrecht der „Hinterbliebenen", die nicht einmal notwendig mit den Erben identisch seien, sei aber personenrechtlicher Natur und könne durch eine solche erbliche Verpflichtung nicht berührt werden. Schließlich sei für einen solchen Vertrag, der nur die Rechtslage nach dem Tode eines der Kontrahenten regeln könne, die Form einer letztwilligen Verfügung zu erfordern.

Gegen die Darlegungen muß zunächst geltend gemacht werden, daß eine Anwendbarkeit des § 306 B.G.B. offensichtlich nicht gegeben ist. Der Inhalt eines Anatomievertrages besteht darin, daß der durch den Tod entstehende Leichnam des Menschen einer Anatomie übergeben werden soll, die Erfüllung des Vertrages wird erst in diesem Augenblick möglich und soll auch vereinbarungsgemäß erst dann erfolgen. Ein Anatomievertrag ist folglich auf eine durchaus mögliche Leistung gerichtet, selbst wenn der „Verkäufer" notwendig vor Erfüllung des Geschäfts gestorben sein muß. Daß weiterhin nicht die „Hinterbliebenen", sondern die Erben als solche bestattungsberechtigt sind, und zudem auch eine etwaige Unterschiedlichkeit der rechtlichen Grundlagen des Bestattungsrechts und der Herausgabepflicht die Existenz von Recht und Pflicht nicht beseitigen kann, ist oben schon mehrfach betont worden. Endlich ist auch die Behauptung, daß ein solcher Anatomievertrag die Rechtslage nach

(1) S. 41.
(2) S. 70, 71.

dem Tode eines der Kontrahenten regeln solle und somit die Form einer letztwilligen Verfügung erforderlich sei, als unrichtig zu bezeichnen; ein Anatomievertrag soll schon bei Lebzeiten des „Verkäufers" Rechtsverpflichtungen der Parteien schaffen, und nur die Erfüllung einer dieser Pflichten soll aus den erwähnten tatsächlichen Gründen erst nach dem Tode der einen Vertragspartei vorgenommen werden.

Von Tietz (1) und von v. Blume (2) wird, ohne daß man zu der Frage der Gültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte Stellung nimmt, die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungen über den eigenen Leichnam mit der Begründung in Abrede gestellt, der Leichnam sei nicht eigentumsfähig und könne daher auch nicht Gegenstand einer Uebereignung sein. Ob es möglich ist, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit dinglicher Wirkung über den eigenen Leichnam zu verfügen, kann vorläufig dahingestellt bleiben, jedenfalls läßt sich aus dem von Tietz und von v. Blume angezogenen Argument, dessen Unrichtigkeit nachzuweisen ja Kern und Mittelpunkt unserer Arbeit ist, weder die eine noch die andere Annahme herleiten.

Die Auffassung von v. Alvensleben (3), der der Meinung ist, ein Anatomievertrag unter Lebenden erzeuge nur eine Naturalobligation, da man im Hinblick auf die Eigenartigkeit des Vertragsgegenstandes einem solchen Vertrage keine Klagbarkeit beilegen könne, kann nur als willkürlich bezeichnet werden; in unserem Recht findet diese Annahme nicht die geringste Stütze, so daß sich auch ein näheres Eingehen auf sie erübrigt.

Entgegen diesen Meinungen nimmt man in der Rechtswissenschaft (4) überwiegend an, daß ein Anatomievertrag unter Lebenden grundsätzlich zulässig und rechtswirksam ist. Wir werden uns dieser Ansicht anzuschließen haben, da unser Recht auf dem Boden der Vertragsfreiheit steht, und irgendwelche Bedenken allgemeiner Natur gegen die Rechtsgültigkeit eines solchen Vertrages, wie dargelegt, nicht ersichtlich sind. Zweifelhaft ist nur, ob ein solcher Anatomievertrag nicht vielfach einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält und aus diesem Grunde gemäß § 138 B.G.B. nichtig ist.

Als Grundsatz wird man hier voranstellen müssen, daß ein Vertrag unter Lebenden, durch den jemand seinen Leichnam

(1) S. 47.
(2) S. 402.
(3) S. 55.
(4) Planck-Strecker, Vorb. 2 a vor § 90, Enneccerus, I, 1, § 114, I, Anm. 5, Oertmann, Vorb. 6 e v. § 90, Klusemann, S. 47, 48 u. a.

einer Anatomie zur Sektion überläßt, sittlich nicht zu beanstanden ist. Allgemein anerkannt ist dies wohl auch insoweit, als ein unentgeltlicher Vertrag in Frage steht. Aber auch die Entgeltlichkeit eines Geschäfts wird dies nicht unterschiedslos unsittlich machen (1), da „der Nutzen, den die Wissenschaft von den ihr zur Verfügung gestellten Leichen hat, für eine objektiv abwertende Betrachtungsweise so entschieden das Mißfallen über die Unanständigkeit des „Verkäufers" überwiegt, daß die sittliche Anschauung gegen das Geschäft als Ganzes nichts einzuwenden hat (2)." Eine Unsittlichkeit eines solchen Vertrages wird vielmehr nur dann anzunehmen sein, wenn zu der Gewinnsucht des Verfügenden noch besonders verwerfliche Umstände hinzutreten, die den Gesamtcharakter des Geschäfts unter voller Berücksichtigung der vorerwähnten positiven Momente als unsittlich erscheinen lassen.

Eine bestimmte Form wird man zur Gültigkeit eines solchen Anatomievertrages nicht erfordern müssen; unser Gesetz, das grundsätzlich für jeden Vertrag Formfreiheit vorsieht, schreibt keine bestimmte Form vor, und man kann einen Anatomievertrag unter Lebenden insbesondere auch nicht, wie es teilweise zu Unrecht geschieht (3), einem Rechtsgeschäft von Todes wegen gleichsetzen.

Die Wirkung einer solchen Vereinbarung ist sodann ebenso wie die eines letztwilligen Anatomievermächtnisses in einer obligatorischen Bindung der Erben zu sehen, auf die gemäß §§ 1922, 1942 B.G.B. die Nachlaßverbindlichkeiten übergehen. Man spricht in der Rechtswissenschaft allerdings zum Teil auch von einer „Vorausverfügung" des Menschen über seinen Leichnam (4), so daß im Hinblick auf die Ausdrucksweise unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs die Annahme naheliegend erscheint, daß man insoweit einem Anatomievertrag unter Lebenden auch dingliche Wirkung beilegen will. Ist dies tatsächlich der Fall — klar und eindeutig kann man dies aus den jeweiligen Darlegungen nicht entnehmen —, so übersieht man jedenfalls hierbei völlig, daß eine Uebereignung durch Rechtsgeschäft unter

(1) So Planck-Strecker, 2 a zu § 90, Oertmann, Vorb. 6 e v. § 90, Endemann § 103, 2, Nr. 3, Dernburg, III, § 1, Z. 5, v. Alvensleben, S. 52, 53, Klusemann, S. 47, 48; A. A. Gareis, Festgabe, S. 93, 94, Enneccerus, I, 1, § 114, I, 1, Henne, S. 37, Hegemann, S. 41, v. Schwerin, S. 667 u. a.

(2) So Oertmann, Vorb. 6 e v. § 90.

(3) So u. a. Bauer, S. 41.

(4) Soergel, zu 90, 3, Oertmann, Vorb. 6 e v. § 90, Hegemann, S. 38 ff. u. a.

Lebenden neben der Einigung grundsätzlich auch eine „Uebergabe" erfordert, und die Vornahme eines solchen Kenntlichkeitsaktes im konkreten Fall bis zum Tode des Menschen unmöglich und mit dem Eintritt des Todes auch nicht erfolgt ist. Die Annahme, daß einem Anatomievertrag unter Lebenden auch dingliche Wirkung beizumessen ist, muß daher als unrichtig abgelehnt werden.

III. Verwirklichungsmöglichkeiten.

Das bisher erzielte Ergebnis, daß in erster Linie die formgerecht getroffenen Anordnungen des Erblassers hinsichtlich seines Leichnams für die Gestaltung der Rechtslage maßgebend sind, wäre ohne praktische Bedeutung, wenn nicht gleichzeitig eine gewisse Sicherheit für die Durchführung der Verfügungen des Erblassers geschaffen wäre. Verhältnismäßig einfach erscheint die Verwirklichung aller sog. Anatomievermächtnisse, da hier dem bedachten Institut ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe des Leichnams gegen die Erben zusteht, der im Prozeßweg, insbesondere im Wege einer einstweiligen Verfügung, geltend gemacht werden kann. Schwieriger jedoch ist die Frage, wie alle die letztwilligen Verfügungen, die sich auf die Art und Weise der Bestattung beziehen und einem Dritten nicht ohne weiteres einen entsprechenden Anspruch geben, zur rechtlichen Wirksamkeit gelangen. Es wird in folgendem unsere Aufgabe sein, darzulegen, in welcher Weise eine Verwirklichung solcher Anordnungen nach unserem Recht erfolgen kann.

Nicht zutreffend erscheint die von Endemann (1) gegebene Lösung, der es für möglich hält, daß der Erblasser zu Lebzeiten einen Dritten mit der Ausführung der jeweiligen Bestimmungen beauftragt und bevollmächtigt (§ 662, 672 B.G.B.). Bei sinngemäßer Auslegung muß man doch wohl als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 672 B.G.B. erfordern, daß eine Durchführung des Auftrags zu Lebzeiten des Auftraggebers erfolgen soll und nach Ansicht der Parteien erfolgen kann. Eine Anordnung, die nur nach dem Tode des Auftraggebers ausgeführt werden soll und kann, fällt nicht unter die §§ 662, 672 B.G.B., vielmehr wird sie lediglich in Gemäßheit der für letztwillige Verfügungen vorgesehenen Rechtseinrichtungen verwirklicht werden können (2).

(1) III, § 30, VII.
(2) So Tietz, S. 45

Bei Betrachtung der Durchsetzungsmöglichkeiten, die uns unser Erbrecht gibt, ist in erster Linie daran zu denken, daß der Erblasser die Erfüllung seiner Anordnung zur Bedingung für eine testamentarische Zuwendung, insbesondere auch für die Zuwendung der Erbschaft im ganzen, machen kann. Dieser Weg muß, so einfach er ist, als sehr wirkungsvoll angesehen werden, da eine solche Bedingung naturgemäß insofern einen erheblichen Zwang auf die Bedachten ausübt, als ihre Nichteinhaltung den Verlust der Erbschaft, des Vermächtnisses usw. notwendig mit sich bringt.

Fernerhin muß man es mit der herrschenden Meinung (1) für möglich halten, daß der Erblasser seinen Willen im Wege einer Auflage durchsetzt, sind doch die Erben, an die sich eine solche Auflage richten kann (§ 2192 B.G.B.), Träger des Rechts der Fürsorge für den Leichnam.

Die in der Literatur (2) vereinzelt gegen die Rechtserheblichkeit und Gültigkeit einer solchen Auflage erhobenen Bedenken beruhen letzten Endes auf der Erwägung, daß die „Hinterbliebenen" bestattungsberechtigt seien und diese durch eine Auflage nicht verpflichtet werden könnten. Daß eine Auflage nicht zu Lasten der „Hinterbliebenen" wirken kann, ist zwar richtig, zeigt aber nur wieder einmal, zu welch unerfreulichen Ergebnissen die Lehre von dem Fürsorgerecht der „Hinterbliebenen" führt, deren Unrichtigkeit oben schon ausführlich dargelegt worden ist.

Die durch eine Auflage gebotene Garantie für die Vollziehung der Anordnung des Erblassers ist allerdings nicht sehr erheblich. § 2194 gewährt lediglich bestimmten Personen ein Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, überläßt aber die Geltendmachung dieses Rechtes dem freien Belieben dieser Personen. Auch der zuständigen Behörde kann grundsätzlich kein Klagerecht im Sinne der vorgenannten Bestimmung zugesprochen werden, da ein öffentliches Interesse an der Vornahme gerade der jeweils angeordneten Bestattungsart zumeist nicht vorliegen wird, wenn auch Ausnahmen von dieser Regel — man denke z. B. an die Bestattung eines Staatsmannes (3) — durchaus möglich sind.

Zweifelhaft kann die Frage erscheinen, ob die Einsetzung eines Testamentvollstreckers allein zu dem Zweck, die letzt-

(1) Josef, Gruch. B. 65/310, Enneccerus, I, 1, § 114, I, 1, Bauer, S. 37, Leonhard, zu § 1968, IV, R. G. in J. W. 12/540 f., Nr. 19.
(2) v. Blume, S. 408, Henne, S. 37; cf. auch Kipp, § 113, I.
(3) So v. Blume, S. 409.

willigen Anordnungen des Erblassers über seine Bestattung zur Ausführung zu bringen, rechtlich möglich ist.

Kipp (1) und im Anschluß an ihn v. Blume (2) und Planck (3) verneinen diese Möglichkeit mit dem Hinweis darauf, daß einem Testamentsvollstrecker nach unserem Recht ausschließlich die Befugnis eingeräumt sei, den „Nachlaß" zu verwalten und über den „Nachlaß" zu verfügen, und zu diesem Vermögensinbegriff könne der Leichnam nicht gerechnet werden. Diese Begründung geht jedoch schon deshalb fehl, weil der Leichnam richtiger Ansicht nach, wie wir gesehen haben, Eigentum der Erben ist und somit als „Nachlaß" zu gelten hat.

Ueberwiegend bejaht man demgegenüber in der Literatur (4) und Rechtsprechung (5) die vorangestellte Frage und erklärt die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers auch für diesen beschränkten Wirkungskreis für zulässig. Diese Ansicht ist für richtig zu halten; denn unsere Rechtsordnung umgrenzt den Umfang des Wirkungskreises des Testamentsvollstreckers nicht unabänderlich, gibt vielmehr dem Erblasser das Recht, die Befugnisse des Vollstreckers weitgehend zu beschränken (§§ 2208, 2209, S. 1, Abs. 1) und zu erweitern (§§ 2207, 2209, S. 1, Abs. 2, S. 2). Der Erblasser wird dem Testamentsvollstrecker auch geringere als die gesetzlichen Befugnisse übertragen (6) und ihn somit auch lediglich zur Besorgung seiner letztwilligen Anordnungen über seine Bestattung bestellen können.

Einem solchen Testamentsvollstrecker sind nun im Rahmen seines Wirkungskreises dieselben Befugnisse zuzubilligen, die dem Vollstrecker, dessen Tätigkeitskreis unbeschränkt ist, kraft Gesetzes zustehen. Auf Grund seiner selbständigen Stellung steht ihm demnach das Recht zu, den Leichnam in Besitz zu nehmen, die notwendigen Anordnungen zu treffen und Unterlassung eines jeden die Ausführung seiner Aufgabe hindernden Widerspruchs zu verlangen. Bei Bewertung dieser Sicherungsmöglichkeit ist allerdings nicht zu übersehen, daß der zum Testamentsvollstrecker Ernannte in der Annahme dieses Amtes frei ist (§ 2202 B.G.B.) und seine Tätigkeit auch keiner Kontrolle

(1) § 113, I, Anm. 5.
(2) S. 402, Anm. 35.
(3) Planck-Strohal, § 1968, 5 a.
(4) Enenccerus, I, 1, § 114, I, 1, Tietz, S. 46, Josef, a. a. O.; S. 310; Bauer, S. 37, Pick, S. 21 u. a.
(5) z. B. R. G. in J. W. 12/540 f., Nr. 19.
(6) Josef, a a. O., S. 310, K. G. in Rechtsp. 26/347, Bay. O. L. G. in D. J. Z. 13/359.

unterliegt, so daß also auch durch die Bestellung eines solchen Testamentsvollstreckers keine unbedingte Gewähr für die Durchführung der letztwilligen Bestattungsanordnungen des Erblassers geschaffen ist (1).

§ 6.

Zusammenfassung und Kritik.

Uebersieht man das geltende Recht in seiner Gesamtheit, so ist festzustellen, daß für das Schicksal des menschlichen Leichnams in erster Linie die Anordnungen des Erblassers selbst maßgebend sind und daß erst beim Fehlen solcher Anordnungen das Recht der Träger des Totenfürsorgerechts, nämlich des Ehegatten, der elterlichen Gewalthaber und schließlich der Erben, einsetzt. Dieses Ergebnis, das mit den Forderungen der Sitte und der allgemeinen Volksanschauung in Einklang steht, erscheint befriedigend, doch wird man als erheblichen Nachteil dieses unseres Rechtes den Mangel jeglicher ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen anzusprechen haben. Die unendlich vielen Zweifelsfragen, die uns das „Totenrecht" zu lösen aufgibt, einwandfrei und der Ansicht eines jeden gerecht werdend zu klären, wird ohne eine solche Normierung niemals möglich sein, es werden vielmehr in den meisten Fragen immer beträchtliche Meinungsverschiedenheiten bestehen bleiben.

Aus diesem Grunde wäre es sehr zu begrüßen, wenn auch das von der Gesetzgebung bisher völlig unberührt gelassene Gebiet des „Totenrechts" durch positive Vorschriften geregelt und so zum mindesten in den Grund- und Kernfragen eine Uebereinstimmung erzielt würde. Die Aufgabe einer Rechtsordnung, deren höchstes Ziel es ist, alle Lebensverhältnisse klar und bestimmt zu ordnen, muß es sein, mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck zu bringen, in welcher Weise solch bedeutsamen immateriellen Interessen, wie wir sie hier finden, ein Rechtsschutz zuteil wird. Erst in dem Augenblick, in dem wir eine entsprechende Kodifikation unseres „Totenrechts" haben werden, wird es unmöglich sein zu sagen: „Die Fragen des Totenrechts haben die Rechtswelt seit langer Zeit beschäftigt, aber es läßt sich nicht feststellen, daß sich in dem langen Streit der Meinungen schließlich eine Theorie als die herrschende Lehre durchgesetzt hat (2)."

(1) Siehe Bauer, S. 38.
(2) So Tietz, S. 3, 4.

Lebenslauf.

Am 11. Februar 1910 wurde ich, Fritz Weiser, als Sohn des Mittelschullehrers Karl Weiser und seiner Ehefrau Maria, geb. Rummel, zu Düsseldorf geboren. Ich besuchte für kurze Zeit die Volksschule, dann die Vorschule des Staatlichen Hohenzollern-Gymnasiums zu Düsseldorf. Im Frühjahr 1928 erwarb ich an dieser Anstalt das Zeugnis der Reife. Ich wandte mich darauf dem Studium der Rechtswissenschaft zu und studierte an den Universitäten Marburg und Köln. Am 28. November 1931 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Düsseldorf. Seit meiner Ernennung zum Referendar, die der Prüfung unmittelbar nachfolgte, bin ich im staatlichen Ausbildungsdienst tätig.